INFORME ANUAL 2010

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE



Informe Anual 2010
Situación de Los Derechos Humanos en Chile

Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos
Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
Luis Eugenio Díaz Corvalán
Sergio Fuenzalida Bascuñán
Roberto Garretón Merino
Claudio González Urbina
Luis Hermosilla Osorio
Enrique Núñez Aranda
Manuel Núñez Poblete
Pamela Pereira Fernández
María Luisa Sepúlveda Edwards

Lorena Fríes Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

Colaboradores

Unidad de Estudios Instituto Nacional de Derechos Humanos
Gloria Maira Vargas
Federico Aguirre Madrid
Juan Pablo González Jansana

Colaboradora externa
Claudia Sarmiento Ramírez

Asesoría Jurídica Instituto Nacional de Derechos Humanos
Paula Salvo Del Canto

Unidad Jurídica Instituto Nacional de Derechos Humanos
Fernando Mardones Vargas
Claudio Fierro Morales

Diseño
Irene Cepeda
Winnie Dobbs

Fotografía
Enrique Cerda

Impresión
Andros Impresores

ISBN: XXXX

Registro de Propiedad Intelectual Nº XXX

Í N D I C E

PARTE 

III

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN AL INFORME ANUAL DE DERECHOS HUMANOS 2010

LOS DERECHOS HUMANOS Y SU VALIDEZ UNIVERSAL

Poco más de 60 años han pasado desde que se adoptó la Carta de Naciones Unidas y, como consecuencia, la Declaración Universal de Derechos Humanos. El siglo XX será recordado tanto por sus atrocidades como por la esperanza de un futuro mejor, signado por la creciente aceptación de los derechos humanos y su universalidad por parte de Estados y comunidades.

Los derechos humanos constituyen un hito civilizatorio y cultural en todas las sociedades. Su universalidad está dada, al menos, en torno a tres dimensiones: una racional, que los adscribe a todos los seres humanos; una temporal, que los hace válidos en cualquier momento de la historia; y una espacial, que refiere la extensión de una cultura basada en los derechos humanos a todos los países y comunidades. Si la primera dimensión da lugar a lo que fundamenta los derechos humanos, la segunda y la tercera dan cuenta de la generalización e internacionalización de los derechos, respectivamente.

El fundamento de los derechos humanos es la dignidad de las personas y de los pueblos, entendida ésta como un umbral bajo el cual se destituye de todo valor al ser humano. Desde diversas latitudes, las personas, las sociedades y los Estados han contribuido, de distintas formas, a que los derechos sean hoy un imperativo ético y jurídico compartido y por tanto válido en el mundo entero.

Tales derechos, esenciales a la naturaleza del ser humano, son parte fundamental de toda teoría y práctica democrática, en sus dos tradiciones. Una, en la que los derechos humanos son un límite al control y al poder político; y otra, que los concibe como el producto de procesos emancipatorios que a lo largo de la historia han luchado por su inclusión política primero, y social y cultural después. En ambos casos, la democracia es condición para el reconocimiento, defensa y protección de los derechos humanos, y un test a través del cual se mide el grado de desarrollo de las sociedades y el compromiso de los Estados con un derrotero que pone como centro al ser humano.

Los Estados tienen la obligación de promover, respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación a todas las personas que viven en una misma comunidad. El constitucionalismo moderno ha incorporado crecientemente la amplia gama de derechos que reconocen los tratados internacionales así como los estándares fijados para su cumplimiento, ampliando el reconocimiento de los derechos fundamentales en los sistemas legales. Este proceso se inició en América Latina a finales de los años 80, producto de las sucesivas reformas constitucionales que incorporaron en sus textos un enfoque universal de tales derechos.

Por su parte, la ciudadanía ha establecido alianzas que superan las fronteras nacionales, en pos de un movimiento por los derechos humanos que demanda, promueve y defiende los derechos de hombres y mujeres. Sin esta pieza angular del sistema, no habría sido posible la superación de obstáculos y dificultades para su efectivo goce y ejercicio, o la formulación de nuevos derechos. Más aún, es la conciencia global sobre problemas que impactan a todo el mundo más allá de los Estados, lo que ha permitido ir consolidando, aunque aún de manera precaria, nuevos derechos cuya titularidad es la comunidad humana.

LOS DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO

América Latina

Estas últimas décadas han visto emerger la voluntad decidida de Estados que orientan y limitan el ejercicio de su soberanía en favor de garantizar a las personas sus derechos. En el caso de América Latina, esto ha sido especialmente cierto en tanto la gran mayoría de los Estados han ratificado los tratados internacionales en esta materia y los reconoce con relativa coherencia en sus constituciones nacionales.

Aún así, los derechos humanos siguen siendo amenazados y violados en todas las latitudes; regímenes opresivos, sistemas económicos depredadores, conflictos armados internos, intolerancia religiosa y cultural, entre otros, traen aparejados altos grados de violencia que afectan a vastos grupos de la población mundial.

En la región, los problemas de derechos humanos combinan la falta de reconocimiento con problemas derivados de su insuficiente protección. América Latina ya no es un territorio de dictaduras donde se violan sistemáticamente los derechos humanos y –a excepción de Colombia– tampoco de conflictos armados internos. Las democracias se han abierto paso, no exentas de problemas, a la participación y expresión de los/as ciudadanos/as y son la mejor garantía de respeto a los derechos humanos.

A diferentes ritmos y con diferentes obstáculos, los países de la región han avanzado en sus particulares procesos de verdad, justicia y reparación, a la vez que intentan sentar las medidas institucionales para cumplir con la garantía de no repetición. No obstante, queda aún un largo camino por recorrer que deberá hacer frente a procesos de negación de lo ocurrido. Junto con ello, emergen nuevos desafíos y problemáticas en derechos humanos a los que los Estados deben dar respuesta.

Uno de los problemas más invasivos y corrosivos para las democracias es el tráfico ilícito de drogas y el crimen organizado asociado a él. No sólo cobran vidas y generan inseguridad y temor en la población, sino que además socavan las bases de la institucionalidad y convivencia democrática. Se trata de una realidad que a través del poder del dinero genera la fantasía de la inclusión, pero cuyos efectos atentan contra la vigencia misma de los derechos humanos.

Paralelamente, la violencia de las pandillas o maras que tienen su origen en la exclusión social de los jóvenes emerge como un nuevo fenómeno. Las políticas de "mano dura" han sido una constante en la región, que no han dado frutos. En efecto, la falta de acceso de los jóvenes a educación y al trabajo ha generado un tipo de violencia nueva que requiere ser superada por políticas de prevención y de igualdad de oportunidades.

El principal escollo para el pleno desarrollo e inclusión de los/as latinoamericanos/as es la desigualdad y la distribución del ingreso. Aun cuando existen consensos respecto de la relevancia del marco de derechos, no son suficientes las prácticas y estrategias de vinculación entre dicho marco y la aplicación de políticas y modelos económicos. Este divorcio ha dado lugar a nuevas opciones políticas en la región que dan cuenta de la búsqueda por superar las profundas inequidades que afectan a vastos sectores de la población. Algunas soluciones, independientemente de la diversidad de opciones políticas en juego, apuntan en la misma dirección: un Estado más presente y activo en la generación de mecanismos jurídicos y de política pública orientado a la exigibilidad de estos derechos.

Las inequidades afectan de manera particular a quienes ocupan el peldaño inferior de los órdenes sociales imperantes; jóvenes, mujeres, indígenas, migrantes, personas privadas de libertad y personas diversas en orientación sexual e identidad de género, entre otros, presentan en la región índices que concentran las peores formas de exclusión y de desprotección de derechos.

No obstante la creciente conciencia respecto de la desigualdad de género, las mujeres siguen siendo objeto de violencia y muerte, especialmente a manos de personas de su entorno familiar. Si bien la violencia contra las mujeres se encuentra penalizada de diversas formas en todos los países de América Latina, ello no ha significado una merma sensible en la prevalencia del problema, el que debe ligarse a la implementación de agendas de igualdad más amplias para avanzar en su superación. La generación de información y la prevención como herramienta de modificación de conductas muy arraigadas en las sociedades latinoamericanas han sido objeto de campañas por parte de las sociedades civiles y del Sistema de Naciones Unidas, en un esfuerzo por detener el flagelo.

La región ha pasado de negar su inmensa diversidad cultural a procesos crecientes de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos. Así, se han impulsado procesos destinados a la recuperación de sus propiedades ancestrales y recursos naturales, a asegurar su inclusión en los procesos de toma de decisión sobre asuntos que afectan su supervivencia y desarrollo, y en general a garantizar su participación

en las instancias de representación popular. El impacto de dichos procesos no puede ser medido aún, y persisten resistencias culturales e incomprensión sobre la situación y condición de los pueblos indígenas. A pesar de esto, los órganos de protección del sistema internacional y regional de derechos humanos han fijado estándares relacionados principalmente con la propiedad ancestral de las tierras y sus recursos, de manera que existan parámetros suficientes para afrontar las consecuencias de los proyectos de inversión que las afectan.

La búsqueda de mejores condiciones de vida es una constante de los procesos de movilidad humana. Estos flujos ya sea hacia o desde países de la región han aumentado de manera sostenida en las últimas décadas y aportan, vía remesas, recursos significativos a la economía de sus naciones de origen. Varios países, particularmente de la región andina, han diseñado e implementado políticas destinadas a asegurar la migración legal, a mantener los vínculos de los/as migrantes con sus familias y a facilitar el retorno frente a las políticas cada vez más restrictivas en Europa y Estados Unidos. Aún así, un importante contingente de personas migra ilegalmente aumentando el riesgo de ser objeto de tráfico con fines de explotación sexual y laboral. Frente a estos nuevos desafíos, la coordinación entre Estados y la formulación de políticas, que garanticen derechos y protección a la migración transfronteriza, constituyen un imperativo que fortalece en la región la vigencia de dichos derechos sin distinciones entre nacionales y migrantes.

La población privada de libertad en América Latina, además de la restricción de su libertad de movimiento, ha visto afectados otros derechos fundamentales producto de la precariedad de las condiciones penitenciarias en las que viven. Prácticamente todos los países de la región realizaron profundas reformas a sus sistemas penales, con el fin de adecuarse a estándares garantistas consistentes además con los principios básicos y normas mínimas de tratamiento a las personas recluidas. Aún así, se trata de una población que dista mucho de contar con condiciones dignas y que faciliten su reinserción social una vez cumplidas las penas. Muchas veces la demanda de seguridad en nuestras sociedades colisiona con estas reformas, y presiona en dirección de ampliar las conductas criminales y las penas a aplicarse.

Al igual que en todo el mundo, las diversidades sexuales han hecho irrupción en la escena pública. Sus demandas se basan fundamentalmente en lograr que se les reconozca un trato igualitario ante y en la ley. En efecto, las orientaciones u opciones sexuales de las personas no pueden determinar un mayor o menor acceso al goce y ejercicio efectivo de los derechos. Además, la invisibilidad estadística de estos colectivos atenta contra la posibilidad de formulación de planes, programas y políticas públicas que favorezcan el acceso a los bienes sociales y materiales en las sociedades. Se trata de uno de los procesos más nuevos y por tanto menos institucionalizados, lo que ha obligado a los países de la región a movilizar esfuerzos en pos de superar las formas de discriminación que en torno a las diversidades se generan.

Por su parte, la globalización económica ha generado procesos de interdependencia y cooperación económica y comercial entre las diferentes economías del mundo. América Latina es una importante receptora de inversión extranjera dada su apertura a los mercados internacionales, a partir de procesos centrados en la exportación mayoritariamente de materias primas. Las empresas transnacionales, ligadas en su proceso productivo a empresas y negocios nacionales, son por tanto un actor que influye de manera decisiva en el desarrollo económico de los países. Sin embargo, muchas veces estas empresas cuentan con prácticas inadmisibles para los derechos humanos. La falta de regulación y fiscalización por los Estados, unidas a la ausencia de un discurso que las involucre en el cumplimiento de los derechos de sus trabajadores y el medio ambiente, hace de este ámbito uno de los potencialmente riesgosos en su proyección futura, que debe ser asumido como un desafío tanto por los Estados como por los actores privados.

A nivel internacional se ha iniciado un proceso de diálogo y encuentro entre derechos humanos y actividad comercial, que hasta hace algún tiempo fluían por sendas separadas. Hoy, las instituciones financieras regionales y mundiales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, y los tratados comerciales han ido incluyendo progresivamente cláusulas de respeto y protección de los derechos de las personas, particularmente de los trabajadores y las trabajadoras. Por su parte, desde el derecho internacional de los derechos humanos, dicha actividad se ha constituido en foco de exigibilidad de derechos hacia los Estados. No obstante, los bajos niveles de sindicalización son un impedimento para alcanzar estándares en materia de derechos laborales.

Asimismo, el desarrollo de las tecnologías de comunicación, cada vez más accesibles para la población, ha ampliado la mirada sobre el entorno y sus problemas. América Latina y el mundo conviven en la tensión entre la comunidad global y local ofreciendo posibilidades integradoras desde una cultura de derechos humanos. El supuesto de este desafío es que los Estados sigan reforzando el consenso inicial fraguado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y amplíen el reconocimiento de derechos y su protección. A la vez, la sociedad civil y el movimiento amplio de derechos humanos deben cumplir su labor de denuncia y defensa frente a las violaciones de los derechos de las personas.

Los medios de comunicación son un factor relevante en el debate democrático y en el respeto de los derechos humanos. Su poder en la generación de opinión pública es incontrovertible en la región y en el mundo, y requiere de garantías de pluralismo, tanto en sus opiniones como en relación a su propiedad. La censura y el oligopolio han sido dos constantes en América Latina que atentan contra la libertad de expresión y la democracia. El compromiso de los Estados y de los medios de comunicación en la promoción de una cultura de derechos humanos contribuye a garantizar que la democracia sea un norte permanente en la región.

Chile y los derechos humanos

Chile ha compartido con otros países de la región un camino de reencuentro después de períodos de graves violaciones a los derechos humanos. Se puede señalar que se ha avanzado en el esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido entre 1973 y 1990, y en la adopción de políticas de reparación, incluida la obligación del Estado de generar iniciativas y mecanismos de no repetición. La justicia, en cambio, ha tardado en llegar y lo ha hecho, en gran parte, producto de la lucha que durante más de 30 años han sostenido las víctimas, sus familiares, las organizaciones de derechos humanos y los defensores de derechos humanos. En efecto, desde una prescindencia que avaló la comisión de los crímenes primero y la impunidad después, los tribunales de justicia han ido cumpliendo gradualmente con su obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables por las violaciones cometidas en el pasado.

Chile tiene el reto de no olvidar que durante un período el Estado violó de manera sistemática y generalizada los derechos humanos, y que ello ha marcado indeleblemente la vida y la memoria de varias generaciones de chilenos y chilenas. Este desafío no ha terminado y exige del esfuerzo permanente y decidido del Estado.

La obligación de preservar la memoria encierra, sin embargo, la complejidad de desarrollar respecto del pasado las insoslayables tareas de verdad, justicia y reparación y, al mismo tiempo, comprender que los derechos humanos no se circunscriben ni agotan allí. El recuerdo debe fortalecer el compromiso para asumir e integrar las dimensiones del presente y del futuro, como parte ineludible de nuestra identidad.

La recuperación de la democracia fue el producto de un esfuerzo colectivo que requiere ser traspasado a las nuevas generaciones. Es posible sostener que los jóvenes viven en democracia, pero a la vez sienten desafección por la política y por las formas clásicas de participación; más de 3.000.000 no se han inscrito en los registros electorales y no ejercen su derecho a voto.

Después de 20 años, se puede afirmar que la democracia ha traído aparejada mejores condiciones de vida para los chilenos y chilenas. Más importante aún, la ciudadanía gradualmente ha comprendido que la demanda social por más y mejores derechos no es un territorio vedado y más bien es parte de la convivencia democrática. En los últimos 10 años, se han adoptado políticas públicas orientadas a garantizar, especialmente a los más pobres, el goce y ejercicio de sus derechos económicos y sociales. Aún así, Chile no puede darse por satisfecho y junto con brindar acceso a la salud, vivienda, el trabajo y la educación, tiene que garantizar progresivamente la calidad de las prestaciones sin discriminación alguna.

En este sentido, además del consenso sobre el respeto y garantía sobre los restituidos derechos civiles y políticos, se requiere otro igualmente importante, que consiste en que los derechos económicos y sociales sean considerados como tales, y por tanto justiciables. Se trata de un reto de enorme magnitud que requiere, por una parte, definiciones concretas y garantías adecuadas que aseguren su ejercicio real y, por otra, de mecanismos eficaces que permitan reclamar su cumplimiento.

Chile está en condiciones de realizar este esfuerzo y orientar su legislación y políticas públicas en un marco de derechos que otorgue condiciones dignas de vida para sus ciudadanos/as. Para lograrlo, sin embargo, deberá superar la profunda y extendida desigualdad que socava las bases de cualquier proyecto de una sociedad que quiere ser justa, integrada y vivir en paz. La desigualdad se expresa en todos los ámbitos de la sociedad chilena. El país posee la amarga distinción de formar parte de los países con peor distribución del ingreso en el mundo; sus ciudades crecen segregadas y con una evidente disparidad en la repartición de los equipamientos públicos, y las regiones y provincias siguen siendo los territorios en los que dichas inequidades se hacen más palpables.

La desigualdad tiene muchos rostros y afecta más a determinados grupos y colectivos de personas. Así en Chile, si bien se penaliza la violencia intrafamiliar y próximamente el femicidio, las cifras siguen siendo alarmantes. Asimismo, el país exhibe una de las tasas más bajas de participación política de mujeres en espacios de representación popular y una de las más altas brechas salariales entre hombres y mujeres de América del Sur.

Los derechos civiles de las personas con orientaciones sexuales diversas están hoy en el debate público. Más allá de su resultado, lo cierto es que existe una creciente conciencia que el hecho de asumir opciones sexuales distintas a la heterosexual no puede significar discriminación.

En este orden de cosas, sin embargo, no cabe duda que una gran deuda es con los pueblos indígenas, en particular la situación del pueblo mapuche que exhibe, de acuerdo a la CASEN, las comunas con mayores índices de pobreza. El Convenio N° 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en vigencia en Chile desde el año 2009 no ha sido implementado y requiere de un esfuerzo en todos los planos –institucional, jurídico, económico y cultural– para que cumpla eficazmente con el rol de promoción y protección de los derechos que consagra. El Tribunal Constitucional en un fallo del año 2000 señaló la relevancia de dicho convenio al declarar la autoejecutabilidad del derecho a consulta que dispone el tratado.

El sistema penitenciario se encuentra en crisis y hay consenso de todos los actores en esta materia. Chile es el país con mayor cantidad de reclusos por cada cien mil habitantes de América Latina, población que aumentó 38% desde el año 2000. Junto al hacinamiento, se han identificado otras condiciones que dan cuenta de la indignidad en que viven hoy las personas privadas de libertad, y se han propuesto medidas y políticas con el fin de mejorar su situación. Sin embargo, para que las reformas que se proponen sean eficaces, se requiere promover un debate en el país, con todos los actores involucrados en el diseño e implementación de la política criminal. La tendencia a aumentar las conductas punibles y las penas parece ser contraria con las reformas a implementar, o al menos ponen en cuestión su efectividad.

La igualdad que se exige a Chile ya no es sólo de trato, sino que debe apuntar a superar las situaciones de discriminación que aún afectan a numerosos sectores de la población y a grupos o colectivos específicos de personas. Medidas de acción afirmativas y de protección especial pueden constituir una forma de avanzar hacia dicha igualdad.

En la base de la desigualdad se encuentran los estereotipos que refuerzan las jerarquías sociales. De allí que hoy en Chile, y si bien es una obligación del Estado, los ciudadanos y ciudadanas deben sentirse convocados a contribuir en la generación de una cultura de derechos humanos basada en el respeto a la diversidad y la integración de las diferencias. Desde la infancia y a través de todo el proceso de educación y socialización, la información y comprensión sobre los derechos humanos, así como su goce y ejercicio, fortalecen las dimensiones ciudadanas y democráticas de las personas. Una sociedad cuyos integrantes conocen y ejercen sus derechos es una sociedad que se encamina de manera decidida hacia mayores niveles de democracia y desarrollo.

No menos importante es la encrucijada en la que se encuentra el país en relación con el respeto al medio ambiente. Junto a los avances de contar con una ley y una institucionalidad en esta materia, no es menos cierto que es menester sopesar de manera racional y con respeto al entorno, las necesidades actuales y las que tendrán las generaciones futuras de manera que el desarrollo económico actual no sea obstáculo a la sustentabilidad del Chile futuro.

No son menores los desafíos que tiene el país, pero la garantía y respeto de los derechos humanos constituyen la mejor manera de enfrentarlos.

EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y SU INFORME ANUAL

El Instituto Nacional de Derechos Humanos nace en sensible respuesta al requerimiento de la comunidad nacional e internacional de dotar al Estado de Chile de un órgano responsable de la promoción y protección de los derechos humanos. Se trata de un nuevo órgano público independiente, autónomo, pluralista y estable en el tiempo, al que corresponderá asumir los desafíos del pasado, el presente y el futuro en materia de derechos humanos. Requerirá lograr en dicho proceso la legitimidad y apoyo de la ciudadanía, finalmente titulares de derechos humanos que el Estado debe promover, garantizar y respetar.

Todas las personas que habitan el territorio de Chile están amparadas por las normas constitucionales y legales, los tratados internacionales vigentes y los principios generales de derecho adoptados por la comunidad internacional, que reconocen y protegen los derechos humanos. El Instituto debe contribuir a la promoción y protección de hombres y mujeres a partir de las funciones que le otorga la Ley N° 20.405.

Cada año en el mes de diciembre, el Instituto evaluará los avances, retrocesos y desafíos que tiene Chile en estas materias, aportando con su opinión a un mejor cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado. Los contenidos de dicho informe –establecido en el artículo 3 N° 1– comprenden las actividades desarrolladas por la

institución en el marco de su misión, una revisión de la situación de derechos humanos en el país y la presentación de un conjunto de recomendaciones que emanen de ese diagnóstico. Esta información es parte relevante de la cooperación que sostenga el Instituto con los órganos competentes en derechos humanos de Naciones Unidas y de la Organización de Estado Americanos.

El Consejo del Instituto, órgano de dirección superior –que se constituyó el 20 de julio del presente año y ha debido centrar sus esfuerzos en el proceso de instalación–, ha estimado elaborar un informe, por esta vez, guiado por aquellas materias en derechos humanos que constituyen preocupaciones de la comunidad internacional y en particular el sistema de protección internacional y regional de derechos humanos. En algunos casos en base a sentencias vinculantes para el Estado de Chile y, en otros, a través de recomendaciones de los órganos de control y supervisión de tratados internacionales y regionales, y de los informes de los Relatores Especiales de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se revisarán los avances y obstáculos que ha tenido Chile desde junio de 2009, fecha en la que asumió un conjunto de compromisos frente al Consejo de Derechos Humanos a propósito del Examen Periódico Universal.

Estos temas, si bien constituyen mayoritariamente preocupaciones y recomendaciones que deben ser atendidas por el Estado de Chile de buena fe, no reflejan ni pretenden ser una muestra cabal de la situación de derechos humanos en Chile. En efecto, el Instituto Nacional de Derechos Humanos tendrá que abordar el próximo año el conjunto de temas que dan cuenta de un enfoque integral de los derechos humanos y de su cumplimiento. Así, los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos de las personas que viven con alguna discapacidad; los derechos de los y las migrantes; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo, así como la forma en que se ejercen las libertades entre otros, serán objeto de análisis y evaluación el año 2011. La promoción y protección de los derechos humanos incumbe principalmente al Estado y sus poderes. De allí que su cumplimiento exigirá analizar normas, instituciones y prácticas de los Tribunales de Justicia, el Ministerio Público, el gobierno y la administración pública y el Congreso, entre otros.

Una de las principales tareas del Instituto es la elaboración de un informe anual sobre la situación de los derechos humanos. Esperamos que el Informe Anual cobre importancia y protagonismo en el debate y reflexión del país, de manera que vaya convirtiéndose en una forma validada de autoevaluación de quienes habitan Chile acerca del estado y vigencia de estos derechos.

Por tratarse del primer informe, el Consejo del Instituto ha querido dar la necesaria transparencia a la construcción de una base común para la reflexión en materia de derechos humanos, e informar también respecto a la forma en que llevará adelante la evaluación del cumplimiento en esta materia por parte de los poderes del Estado y de los órganos de la administración pública.

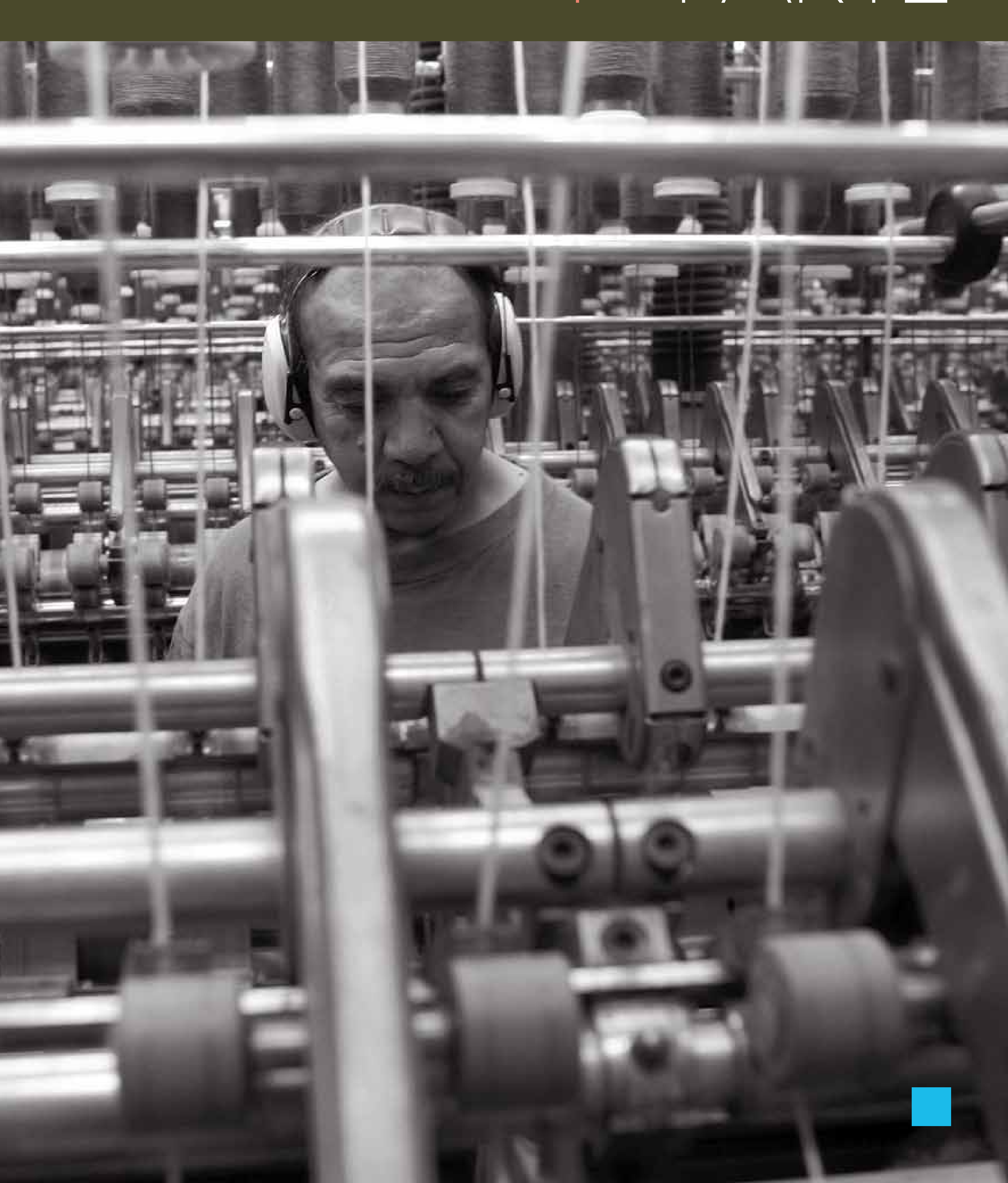
En concreto, para este **Informe Cero** se elaboró, en una primera parte, un marco que permite fijar conceptos claves, dar cuenta del desarrollo y evolución histórica de los derechos, así como de sus principales características, fuentes normativas y obligaciones nacionales e internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, y para efectos de conocer cómo se medirán los avances y/o las dificultades que enfrenta el país en la vigencia de estos derechos, se incluye también la aproximación metodológica que se utilizará para la recolección y análisis de la información en adelante.

Una segunda parte del Informe es la que refiere al cumplimiento de los derechos humanos en Chile, situaciones que tienen como hilo conductor, como ya se explicó, las preocupaciones y resoluciones judiciales que en materia de derechos humanos han surgido de la comunidad internacional y respecto de las cuales Chile ha contraído compromisos o tiene obligaciones concretas que cumplir, como son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto de los asuntos que motivan la preocupación de órganos de control y supervisión de los tratados de derechos humanos vigentes en Chile y respecto de los cuales el Estado asumió un compromiso de avanzar en la superación de los obstáculos, éstas refieren a: institucionalidad en materia de derechos humanos; graves violaciones a los derechos humanos; e igualdad y no discriminación, en particular la situación de las mujeres, los pueblos indígenas, los refugiados, infancia y adolescencia, las personas privadas de libertad y diversidades sexuales. Cabe señalar también, que la preocupación por la criminalización absoluta del aborto en Chile fue rechazada por el Estado que no asumió ningún compromiso en la materia.

La tercera y última parte corresponde al informe de actividades que de acuerdo a la Ley Nº 20.405 debe acompañar anualmente el informe de cumplimiento. En este caso, se registran las actividades del Instituto realizadas entre el 20 de julio y el 31 de octubre, fecha con la que cierra este Informe.

1ª PARTE



1

MARCO CONCEPTUAL Y METODOLÓGICO

MARCO CONCEPTUAL Y METODÓLOGICO

1

I. LOS DERECHOS HUMANOS Y SU MARCO NORMATIVO

1. DENOMINACIÓN, FUNDAMENTACIÓN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA, CONCEPTO Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Qué se entiende por derechos humanos, cómo se los denomina y cuáles son sus fundamentos son preguntas cuyas respuestas varían dependiendo de la visión filosófica, religiosa y política de quien los mire. Las Constituciones de los Estados, los tratados internacionales y órganos que velan por su cumplimiento han utilizado diversas denominaciones para referirse a estos derechos: derechos naturales, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales, derechos y libertades fundamentales y derechos morales, entre otras[1].

Si bien cada uno de estos términos tiene orígenes y efectos distintos, para este Informe las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales indistintamente se refieren a las facultades que tienen las personas, por una parte, para vivir libres de la intervención arbitraria del Estado, y por otra, para solicitar al Estado que realice determinadas acciones destinadas a permitirles desenvolverse en sus vidas[2]. Tratándose de Chile, estos derechos están reconocidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes[3].

En la base de cada una de las corrientes filosóficas y políticas que buscan fundamentar los derechos humanos[4] yace la preocupación por la protección de la dignidad humana. No obstante, qué se entiende por dignidad, a quiénes y cómo se reconoce, es el resultado de un proceso histórico en permanente expansión y cambio. Hay quienes señalan que

1 Peces-Barba (1999, p. 15-38).

2 Desde el punto de vista jurídico, los derechos humanos pueden ser definidos como "*aquellas áreas de inmunidad, aquellas facultades de acción y aquellas exigencias de prestación reconocidas al individuo –o con pretensión de ser reconocidas por el derecho positivo– con carácter de universal y frente a todos, en especial frente al poder*" (Prieto Sanchis, 2000). Por su parte, Faúndez Ledesma (2000, p. 28) los define: "*como las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte*".

3 Constitución Política de la República de Chile, artículo 5.

4 Squella (2000) distingue (1) una fundamentación iusnaturalista, donde los derechos humanos son inherentes a la persona humana, previos al Estado y emanan de la ley natural; (2) una fundamentación ética, donde los derechos serían el resultado del reconocimiento en las leyes y los ordenamientos jurídicos de ciertas exigencias morales básicas, comunes a toda la humanidad que también podrían existir con independencia de la existencia del Estado; (3) una fundamentación historicista, que más bien sería una explicación del proceso de conquista histórica y consagración jurídica de ciertas prerrogativas a favor de las personas y, (4) una fundamentación pragmática, en la cual se señala que basta con ser persona para tener derechos.

su inicio se ubica en forma clara en el tránsito entre la edad media y la modernidad[5], particularmente en la Ilustración. En esa época se buscó asegurar la protección de las personas y su dignidad a través de la limitación del poder absoluto de las monarquías y los Estados. Ejemplo de este lento proceso histórico es la firma de la Carta Magna en Inglaterra en 1215 y, muy posteriormente, la Constitución de Estados Unidos de 1787 y la declaración francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Desde entonces, todos los Estados han adoptado Constituciones Políticas que consagran derechos humanos y límites al ejercicio del poder. No obstante, las primeras Constituciones y leyes no reconocían estos derechos para todas las personas, por lo que grandes colectivos –como las mujeres y los indígenas– no eran titulares de derechos[6].

En el plano internacional, hay antecedentes sobre la preocupación de la comunidad internacional por los derechos humanos desde el siglo XIX, y existe consenso en identificar el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial como el momento a partir del cual surgió el derecho internacional de los derechos humanos. Con motivo de las atrocidades cometidas por el Estado Nazi contra millones de personas, se hizo evidente para la comunidad internacional que éstas quedaban indefensas cuando sus propios Estados eran quienes violaban sus derechos humanos. Para asegurar una efectiva protección era necesario que no sólo el Estado fuera el llamado a protegerlos, sino que esta tarea debía ser compartida por toda la comunidad internacional.

Con este objetivo se adoptaron primero declaraciones y luego tratados internacionales de derechos humanos que contenían (1) catálogos o listados de derechos fundamentales, (2) obligaciones para los Estados respecto de estos derechos y (3) órganos encargados de cerciorarse que los Estados cumplieran con sus obligaciones internacionales. A pesar que no son tratados, por su aceptación universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948, son parte de lo que se ha denominado el cuerpo de instrumentos jurídicos base en derechos humanos[7].

La mayor parte del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se generó durante la segunda mitad del siglo XX, en el contexto de la Guerra Fría, periodo histórico caracterizado por la confrontación y polarización de los Estados Unidos y la ex Unión Soviética. Durante esta época, América Latina fue el escenario de gobiernos autoritarios y dictaduras que en forma masiva y sistemática violaron los derechos humanos[8]. Este antecedente hace que desde muchos sectores se limite la discusión o bien se la identifique únicamente con los crímenes cometidos en estos contextos. No obstante, los derechos humanos, si bien incluyen el deber del Estado de responder por los crímenes cometidos por los regímenes autoritarios y erradicar las prácticas lesivas, exceden este periodo histórico y deben estar en el centro de las preocupaciones del Estado y la sociedad.

Las principales características de los derechos humanos consagrados en las Constituciones Políticas y los tratados internacionales son su universalidad, indivisibilidad, integralidad y progresividad.

Los derechos humanos son universales pues todas las personas, sólo por serlo, son sus titulares. La posición social,

5 Zalaquett (2010).

6 La contradicción que existía al declarar un derecho como universal sin reconocerlo para todas las personas fue resaltada por Olympe de Gouges en su Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, en 1791 y por Mary Wollstonecraft, Vindicación de los Derechos de la Mujer de 1792. Para revisar este proceso ver Valcárcel (2001).

7 Cabe hacer distinción entre lo que son Declaraciones y lo que son Tratados, estos últimos vinculantes para los Estados. En el caso de las Declaraciones y particularmente en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, su reconocimiento universal ha llevado a considerarla como fuente de derecho internacional consuetudinario. En efecto, tanto en consideración al gran número de Estados que la reconoce como a su habitual uso y cita ha hecho de este instrumento “costumbre internacional”. Así fue reconocido, por ejemplo, en la Proclamación de la Conferencia de Teherán en 1968.

8 En el caso de Chile, puede revisarse el Informe Rettig y el Informe sobre Prisión Política y Tortura. Respecto del continente, pueden revisarse entre otras fuentes: Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C Nº 75; caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C Nº 153.

raza, etnia, sexo u orientación sexual, opinión política u otras características no alteran la condición de personas y, por tanto, su titularidad sobre los derechos humanos. Esto supone que si bien las personas son en la práctica todas diferentes, "*nacen libres e iguales en dignidad y derechos*", tal como señala el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Todos los derechos humanos buscan resguardar desde distintos ángulos la dignidad de las personas, por lo que para ser plenamente efectivos deben interpretarse como un todo que no admite jerarquías ni miradas parceladas; de ahí su carácter de indivisibles e integrales. Finalmente, como el concepto de dignidad humana está en permanente cambio, y lamentablemente también lo están las formas o ataques a las que está sujeta, su contenido y forma de protección progresan y se adaptan conforme lo hace la realidad.

De este modo, los derechos humanos constituyen una facultad de la cual toda persona es titular, que se traduce en un deber para el Estado y los particulares de no impedir ni obstaculizar arbitrariamente, ya sea mediante una acción u omisión, el libre y pleno ejercicio de tales derechos, permitiendo a la persona su realización y desenvolvimiento dentro de una sociedad democrática.

2. FUENTES NORMATIVAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 La Constitución Política de la República y los derechos humanos

La Constitución Política de la República es la norma más importante de nuestro ordenamiento jurídico. Establece los principios políticos, culturales, sociales y económicos esenciales que determinan la organización del Estado y las atribuciones y competencias de sus órganos. Asimismo, consagra los límites al ejercicio del poder público y el reconocimiento de derechos, individuales y colectivos, que tienen todas las personas que se encuentren bajo la potestad del Estado.

Desde el nacimiento de la República hasta la Constitución Política de 1980, Chile ha tenido cerca de una docena de cuerpos normativos constitucionales[9], los que han variado en función de las obligaciones que el Estado ha asumido respecto de los derechos fundamentales de las personas.

La incorporación de los derechos fundamentales en las distintas Constituciones no fue inmediata. En el origen, se trataba de documentos políticos orgánicos que delimitaban los poderes del Estado y sus principales funciones. Es en este proceso histórico que se promulgan leyes como la libertad de vientre de 1811 y la de libertad de imprenta en 1813, antecedentes del posterior reconocimiento de la prohibición de esclavitud y de la libertad de expresión.

Solo unos años más tarde, la Constitución Política de 1833 consagró la acción de amparo, que tenía por objeto proteger el derecho a la libertad individual y la seguridad personal. Una comisión conservadora velaba por la observancia de la Constitución y de las leyes, y estaba facultada para presentar al Presidente de la República cualquier acto que implicara una inobservancia de la normativa.

Posteriormente, la Constitución de 1925 estableció un primer y extenso catálogo de derechos fundamentales (artículos 10 al 23). No obstante, salvo en el caso de la acción de amparo, omitió consagrar acciones judiciales que permitieran a las personas acudir a los tribunales cuando vieran afectados sus derechos. En 1976, el Acta Constitucional N° 3 de la Junta de Gobierno creó, pero con alcance puramente nominal, el recurso de protección. Esta acción quedaría formalmente establecida en el artículo 20 de la Constitución de 1980.

Los derechos y principios contenidos en la propia Constitución Política y los tratados de derechos humanos establecen, por una parte, el deber del Estado de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales y, por otra, una limitación expresa al ejercicio de la soberanía nacional. La Carta señala, en su artículo 5, que el ejercicio del poder soberano "*reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*", y que "*es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*" (inciso 2°)[10].

9 Carrasco (2008, p. 302).

10 Este último párrafo fue agregado por la Ley N° 18.825, publicada en el Diario Oficial el 17 de agosto de 1989.



Ambas disposiciones establecen que los derechos humanos consagrados en el ordenamiento jurídico nacional, tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados y vigentes, son un límite al ejercicio del poder soberano del Estado[11], cuestión que ha sido reconocida gradualmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema[12]. Asimismo, el Tribunal ha reconocido también la naturaleza obligatoria de los principios de derecho generalmente aceptados, el derecho consuetudinario fundado en la costumbre internacional y las normas imperativas del derecho internacional de los derechos humanos[13].

El Estado no puede restarse de cumplir con los tratados internacionales por causas como la falta de conformidad con el derecho interno[14]. La Constitución Política establece que "*las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*" (artículo 54 N° 1 inc. 5°).

La Constitución Política de la República consagra, principalmente en sus capítulos I y III, varios principios que inspiran al resto del ordenamiento jurídico interno y definen deberes para el Estado y las personas en materia de promoción, respeto y protección de los derechos humanos.

El artículo 1 establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que el fin del Estado es el bien común y que debe permitir el mayor desarrollo espiritual y material de quienes integran la sociedad. Estos principios se traducen en obligaciones para el Estado, como por ejemplo, crear las condiciones de desarrollo para las personas, asegurar igualdad jurídica y de trato y proteger a la familia en todas sus manifestaciones.

Junto con lo anterior, la Constitución expresa un catálogo de principios estructurales del Estado y del ordenamiento jurídico interno que inciden en el cumplimiento de los deberes de promoción y protección de los derechos humanos.

a. Supremacía de la Constitución

La Constitución Política de la República impone un límite al ejercicio de los poderes públicos y, en tanto fuente normativa del derecho interno, es concebida como norma suprema[15]: "*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*" (artículo 6).

11 Respecto de estas disposiciones se ha señalado que "*en la conjugación de ambos se resume la doctrina completa del constitucionalismo, o sea, del Poder limitado por el Derecho, para servir a la persona, no entendiendo por tal, en consecuencia, cualquier normativa jurídica, sino la establecida democráticamente y sobre la base de los principios que caracterizan a la civilización centrado en los valores de la dignidad y los derechos inalienables del ser humano*". Cea Egaña (2004, 34).

12 A propósito del artículo 5 de la Constitución, la Corte Suprema ha señalado que "*los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, inciso primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales*". Corte Suprema. Sentencia de la Sala Penal Rol N° 3125-04, 13 de marzo de 2007.

13 La Corte explica que las normas imperativas de derecho internacional son aquellos "*valores dogmáticos o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad*". Agrega, que en ellas están aquellas "*(…) disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie –incluso sin ser letrado– podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva*". Sobre el valor del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico interno, la Corte ha señalado que "*la jurisprudencia y doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste al derecho interno. Valga, en apoyo de este aserto, la referencia a las sentencias*". Lauritzen con Fisco o de los barco daneses (R.D.J., t 52, II, p. 444 y ss). Corte Suprema de Justicia, Sentencia de la Sala Penal, Rol 559-04, 13 de diciembre de 2006, Considerando 23º.

14 Principio de intangibilidad de los tratados, reconocido en artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, referido a la relación entre el derecho interno y la observancia de los tratados, y a la imposibilidad de invocar disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), en vigor desde el 27 de enero de 1980.

15 En palabras de Juan Colombo Campbell (2003), este principio supone que la Constitución "*prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores superiores del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema*".

Cuando se afirma que la Constitución es la norma suprema, se está señalando que para los derechos y garantías en ella contenidos, incluidos los establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, rige este principio, y por tanto el Estado no puede crear legislación que los afecte.

La supremacía constitucional está resguardada por mecanismos jurisdiccionales, como el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de protección, entre otros.

b. Principio de legalidad

La Constitución indica que "*los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale*" (artículo 7).

Así, la acción de los órganos del Estado debe ceñirse a los parámetros establecidos por la ley, de modo que no es posible modificar unilateralmente las competencias o atribuciones que les han sido conferidas. En caso de actuación contraria a lo dispuesto, el acto o resolución podría ser nulo (no produce efectos de ningún tipo), o bien generar responsabilidad funcionaria y sanciones para quien ha actuado fuera de su área de competencia[16].

Que las atribuciones de los distintos órganos estén establecidas por ley es un resguardo para la vigencia de los derechos humanos, ya que aleja del Poder Ejecutivo la posibilidad de regular –mediante el uso de su potestad reglamentaria– restrictivamente el ejercicio de estos derechos. En este sentido, la ley es garantía para que toda regulación de los derechos fundamentales esté precedida de un debate parlamentario donde la sociedad civil tiene mayor posibilidad de plantear sus observaciones a los decretos o reglamentos preparados por el Ejecutivo.

c. Principios de probidad y publicidad de los actos del Estado[17]

Estos principios fueron incorporados el año 2005, como parte del conjunto de modificaciones a la Constitución: "*El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones*". De acuerdo con la ley de Bases de la Administración del Estado, *"el principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*"[18].

El principio de transparencia se expresa en los siguientes términos: "*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen*"[19]. La publicidad de los actos implica que toda actuación que emane de las competencias públicas del Estado es pública y por tanto puede ser conocida por todas las personas. Aun cuando se trata de una regla general, existen ciertos actos y resoluciones que por expreso mandato de la Constitución se mantienen en reserva, en particular, cuando "*la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional*" (artículo 8 inciso 2º).

La transparencia y la probidad son principios que permiten a la sociedad demandar y fiscalizar que los/as funcionarios/as del Estado actúen con apego a las normas, es decir, respetando las disposiciones constitucionales y legales de dere-

16 En palabras de Cazor (2007) por principio de legalidad debe entenderse la "*vinculación de los diferentes poderes del Estado a la ley; a esa ley que ha sido elaborada por la representación popular asentada en el Parlamento. Sólo en su referencia a dicha norma encuentran, pues, tales poderes la condición –entendida aquí, en su doble acepción, a la vez como "fundamento" y como "condicionamiento"– de su capacidad de actuar*".

17 Este principio no estaba contenido en la Carta Fundamental de 1980, pero formaba parte del ordenamiento jurídico nacional en virtud de disposiciones de la Ley de Bases de la Administración del Estado que hacían referencia al principio de probidad (Ley Nº 18.575).

18 Bases de la Administración del Estado, Ley Nº 18.575 artículo 52.

19 Constitución Política de la República de Chile, artículo 8.

chos humanos[20]. Así, por ejemplo, puede ser tremendamente relevante conocer en forma clara y simple cuánto gasta el Estado en asegurar el acceso a la salud en condiciones de igualdad de todos/as los/las habitantes de la República. Probidad y transparencia se potencian y contribuyen a mejorar la calidad de la democracia y del trabajo funcionario. Con base en estos fundamentos se promulgó la Ley N° 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública, que regula en extenso dicho derecho y crea el Consejo para la Transparencia, ente fiscalizador de su cumplimiento.

d. Derechos humanos en la Constitución

El artículo 13 de la Constitución establece los derechos de nacionalidad y ciudadanía y, el artículo 19 especifica el catálogo de deberes y derechos de todas las personas el cual, de acuerdo a la doctrina naciona1, no tiene el carácter de taxativo. En el artículo 19 N° 26 se establece "*que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*"[21].

El artículo 19 consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, incluidos los derechos a defensa jurídica y la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales; la consagración del debido proceso y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal; el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia; la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; la libertad de conciencia; el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual; la libertad de emitir opinión y de información sin censura previa; el derecho de reunión y el derecho de petición.

En materia de derechos económicos y sociales, la Constitución reconoce la libre elección del trabajo, una justa retribución, el derecho a la negociación colectiva y la sindicación voluntaria. Señala que el derecho a la salud se constituye en el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, garantizando la libre elección al sistema de salud. Reconoce el derecho a la seguridad social, estableciendo la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes. La Constitución asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Entre los derechos culturales se consagra el derecho a la educación y la obligación del Estado de promover la educación parvularia y garantizar el financiamiento público que asegure el acceso a la educación básica y media. Reconoce igualmente la libertad de enseñanza y la libertad de crear y difundir las artes.

En relación al orden público económico, la Constitución establece un conjunto de derechos destinados a garantizar la iniciativa privada y la prohibición de discriminación por parte del Estado en materia económica. También garantiza la más amplia libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes y el derecho de propiedad en sus diversas especies, limitándose dicho derecho a la protección de la función social que la Constitución asigna a la propiedad. Por último, la Constitución protege el derecho a la propiedad intelectual e industrial.

Los derechos establecidos en la Constitución no se agotan a los contenidos en el artículo 19, pues también consagra derechos en otras disposiciones. Este es el caso del acceso a la información pública establecido en el artículo 8, según

20 Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia condenatoria contra el Estado chileno, fue muy clara al establecer que "*el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas*". Corte IDH, caso Claude Reyes Vs. Chile, sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006, párrafo 86.

21 Se ha sostenido que un precepto legal afecta esencialmente un derecho "*cuando por razón de sus normas los priva de lo que le es consustancial, es decir, cuando ese derecho deja de ser reconocible*". Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia ROL 1249-94, 25 de agosto de 1994.

el cual "*son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen*". Lo mismo sucede con el artículo 1 que consagra "*el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*". Otros ejemplos son el ya mencionado derecho a la nacionalidad (artículo 13) y el derecho al sufragio (artículo 16).

La Constitución contempla recursos o acciones judiciales para hacer efectivos algunos de los derechos que reconoce a todas las personas. La existencia de recursos idóneos, oportunos y efectivos destinados a proteger judicialmente los derechos fundamentales constituye un requisito indispensable para su pleno goce. No basta con declararlos o reconocerlos, sino que resulta indispensable contar con herramientas que resguarden, reparen y sancionen su infracción[22]. La propia Constitución, en sus artículos 20 y 21, establece dos mecanismos para garantizar los derechos de la Constitución: la acción de protección y la acción de amparo constitucional, respectivamente[23].

En términos generales, la acción de amparo constitucional, también conocida como hábeas corpus, resguarda el derecho de toda persona privada de libertad con infracción a la Constitución o a la ley, a que se le restituya su libertad y seguridad personal.

La acción de protección, por su parte, garantiza el derecho de toda persona a no ser objeto de perturbación, amenaza o privación de los derechos y garantías constitucionales, por actos u omisiones, arbitrarios o ilegales realizados por la autoridad. Estos derechos, expresamente señalados, son: el derecho a la vida; igualdad ante la ley; derecho a la defensa judicial y a solo ser juzgado por los tribunales que establece la ley; derecho a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia; inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; libertad de conciencia y libertad de culto; derecho a elegir el sistema de salud, sea estatal o privado; libertad de enseñanza; libertad de opinión e información; derecho de reunión; derecho de petición; derecho de asociación; libertad de trabajo; derecho de sindicalización; libertad para desarrollar cualquier actividad económica; derecho a no ser discriminado en el trato del Estado en materia económica; libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes; derecho de propiedad; derecho de propiedad intelectual e industrial; y, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

La acción de protección no procede respecto los derechos económicos, sociales y culturales DESC –como el derecho a la salud, a la educación o a la vivienda– quedando estos sin el debido resguardo.

Otro mecanismo de protección de los derechos esenciales es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. El Tribunal Constitucional es el órgano que conoce de esta acción, que procede cuando existe una norma que en su "a*plicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*" (artículo 93 N° 6).

Existen otras acciones protectoras de derechos fundamentales que no están contempladas en la Constitución, y que se refieren, entre otras materias, a la protección de la información pública (recurso de hábeas data), a la correcta aplicación del derecho (recurso de nulidad penal, laboral y de derecho público por infracción a derechos fundamentales), así como acciones destinadas a proteger ciertas actividades, como es el caso del recurso de amparo económico ante la Corte de Apelaciones.

22 Estas acciones jurisdiccionales constituyen "*recursos que aseguran los derechos reconocidos –no todos resumidos en los de protección y amparo–, pero que también puede significar que abarca todas las instituciones que sistematizan el Estado de Derecho, tal como también las medidas y los resortes con los que se busca que todas las autoridades y órganos se muevan dentro de él*". Silva Bascuñan (2006, p. 23).

23 Además de las mencionadas, la Constitución contempla otras acciones, entre ellas: indemnización por error judicial, nulidad de derecho público, indemnización por expropiación, de inconstitucionalidad y de reclamación de nacionalidad.

Por último, cuando el Estado –que es el primer encargado de garantizar y respetar los derechos humanos– falla, se contempla el derecho a recurrir a los órganos internacionales y regionales de protección de derechos fundamentales.

En síntesis, la Constitución es el reflejo o cristalización de un momento histórico determinado y, por tanto, depositaria de los valores imperantes que estima esenciales y fundamentales para el desarrollo de un determinado modelo de convivencia.

2.2 Los tratados internacionales de derechos humanos

Los tratados internacionales son acuerdos entre Estados en virtud de los cuales éstos pactan voluntariamente derechos y obligaciones, en este caso, en materia de derechos humanos. Las obligaciones internacionales de los Estados exigen que éstos protejan los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales[24] de todas las personas que habitan en su territorio[25]. Como consecuencia, las personas tienen el poder de requerir a sus Estados que reconozcan y amparen sus derechos humanos.

Cuando un Estado decide ser parte de un tratado internacional se compromete voluntariamente, ante la comunidad internacional y los propios habitantes de su país, a cumplir de buena fe con lo pactado. Este concepto, el cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales, es un pilar fundamental del derecho nacional e internacional y está reconocido fundamentalmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[26]. Por supuesto, los tratados internacionales de derechos humanos son puntos de partida para las acciones de los Estados los cuales, idealmente, deben procurar ampliar este contenido mínimo y mejorar las efectivas posibilidades de goce de los derechos[27].

Si bien las normas de los tratados internacionales se generan en la comunidad internacional, una vez que el Estado voluntariamente se hace parte de éstos, los derechos, principios y obligaciones allí contenidos pasan a ser normas en la legislación interna y, por tanto, obligatorias. Como consecuencia, el Estado es el primer llamado a respetar los tratados internacionales de derechos humanos y adoptar las acciones necesarias para asegurar su cumplimiento.

Los tratados de derechos humanos tienen por objeto y fin la protección de la dignidad humana. En virtud de ello, los Estados y los órganos internacionales deben, por una parte, realizar la lectura más protectora posible del contenido y alcance de los derechos de las personas y, por otra, rechazar las visiones restrictivas o que dejen sin efecto los derechos humanos. Es decir, la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos debe tener como norte el favorecer siempre a las personas y sus derechos (*principio pro persona*)[28].

Estos instrumentos pueden reconocer derechos a todas las personas, a un determinado colectivo, o bien regular con mayor énfasis un derecho o situación en particular. Al primer tipo de tratados se les denomina generales, y al segundo específicos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica) son tratados generales, pues todas las personas son sus titulares. Por oposición, tratados como la Convención sobre la Eliminación de To-

24 Los tratados son la principal fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero no la única; además existe la costumbre internacional y los principios generales del derecho. La obligatoriedad internacional de todas estas fuentes es distinta, siendo los tratados la más fuerte e importante.

25 En el derecho internacional público general, los derechos y obligaciones se establecen entre los Estados para los propios Estados. Este antecedente marca una diferencia fundamental con los tratados de derechos humanos, pues las personas no se encuentran en una posición similar a la que estaría un Estado, en caso de que deba reclamar por el incumplimiento de lo pactado. Sobre este punto se sugiere revisar Buergenthal et al. (1994, p. 11-38).

26 La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que los tratados internacionales deben ser interpretados de buena fe y conforme a su objeto y fin (artículo 31).

27 Medina Quiroga (2003).

28 Ibídem.

das las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o la Convención sobre Derechos del Niño son instrumentos específicos. Su existencia responde a la necesidad hacer explícitas las obligaciones del Estado con las personas cuyos derechos tradicionalmente han sido vulnerados (mujeres, indígenas, personas con discapacidad o migrantes, entre otras), que necesitan de una atención especial del Estado (como los niños, niñas y adolescentes), o de situaciones donde se presentan prácticas ampliamente toleradas y extendidas de violación de derechos humanos (entre ellas, la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes).

Si bien todos los tratados internacionales de derechos humanos establecen obligaciones para los Estados, en caso de incumplimiento, el derecho internacional de los derechos humanos –y el derecho internacional humanitario– buscarán establecer la responsabilidad internacional del Estado.

Los diferentes tratados de derechos humanos crean los órganos que velan por su cumplimiento y definen su naturaleza, sus principales competencias, las características de sus integrantes (por ejemplo, expertos en un determinado tema), la relación que tendrán con los Estados (si actuarán en forma independiente o como sus delegados), el mecanismo de elección y la duración de sus funciones, entre otros aspectos.

Los órganos internacionales de protección de derechos humanos son universales o regionales, dependiendo de la amplitud de su competencia. Naciones Unidas y sus principales instituciones, como el Consejo de Derechos Humanos, ejercen su competencia a nivel mundial, por lo tanto se los clasifica como universales. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son órganos internacionales de carácter regional, con jurisdicción sobre los países que integran la Organización de Estados Americanos y/o que sean parte de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos[29]. Chile hace parte de ambos sistemas.

Al hacerse parte de un tratado, el Estado debe cerciorarse de adecuar las leyes internas para incorporar los derechos contenidos en dichos instrumentos y establecer acciones por medio de las cuales se reclamará su violación. En tal sentido, es importante destacar que velar por el resguardo de los derechos humanos es una tarea que corresponde principalmente a los Estados. Los órganos internacionales de control intervendrán sólo cuando éstos no puedan o no estén en condiciones de reparar sus violaciones.

a. Obligación de respeto y garantía

Las principales obligaciones que emanan de los tratados de derechos humanos son para el Estado las de respeto y garantía de los derechos fundamentales de todas las personas que habitan en su territorio. El cumplimiento de estas obligaciones debe hacerse sin incurrir en discriminaciones, es decir, sin que el Estado haga distinciones arbitrarias en el trato, que tengan por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho humano.

La raza y pertenencia étnica, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento son características que históricamente se han utilizado para excluir a grupos de personas del goce y ejercicio de sus derechos. Por ello, la mayoría de los tratados internacionales las establecen como categorías respecto de las cuáles está prohibida toda distinción, o bien que requieren de una justificación de peso para ser utilizadas.

La obligación de respetar implica que el Estado debe abstenerse de violar los derechos humanos. Todo el aparato estatal está impedido de realizar acciones que entorpezcan el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de todas las personas[30].

En virtud de la obligación de garantía, el Estado debe emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas estén en condiciones de ejercer y gozar plenamente de sus derechos humanos[31]. El cabal cumplimiento de esta obligación supone para los poderes del Estado adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento efectivo

29 Europa y África también cuentan con sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

30 Corte IDH. Caso de Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

31 Medina y Nash (2007, p. 19 y ss.).

a los derechos fundamentales[32]. Esta obligación no se satisface con la sola existencia de normas; requiere emprender acciones concretas destinadas a asegurar los derechos contemplados en los tratados internacionales y mantener una continua actitud de observancia, de manera de anticiparse a posibles vulneraciones[33]. Cumplir con esta obligación conlleva adoptar leyes, definir políticas públicas, asignar recursos, y establecer prácticas administrativas y procesos judiciales con el fin de generar condiciones para el pleno goce de los derechos humanos.

De la obligación de garantía se desprenden tres subobligaciones: prevenir, investigar y sancionar:

- Prevenir las violaciones de derechos humanos implica que el Estado debe tomar acciones para evitarlas. Un Estado no puede ser responsable de cualquier situación de riesgo y teniendo en cuenta las dificultades que implican la planificación y adopción de políticas públicas, "*las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada*"[34]. Esta salvedad se omite cuando las "*autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo*"[35].
- En virtud de la obligación de investigar, el Estado tiene el deber de generar procesos judiciales para esclarecer las circunstancias y las responsabilidades, establecer las sanciones pertinentes y asegurar a la(s) víctima(s) una adecuada reparación[36]. Esta obligación está relacionada con el deber de buscar la verdad en los casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. La Asamblea General de Naciones Unidas ha promovido la creación de órganos en los Estados que investiguen los casos de violaciones graves de los derechos humanos, e informen a las víctimas y a la sociedad sobre los resultados de esas indagaciones[37].
- La obligación de sancionar "*a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, en general exige que el Estado lleve a cabo un proceso penal serio, imparcial y efectivo*"[38]. La investigación y sanción deben estar orientadas a lograr verdad y justicia, a evitar situaciones de impunidad y a garantizar la no repetición[39]. Se trata de un deber jurídico del Estado, y no de una mera gestión de intereses particulares que descansa en la iniciativa de la víctima y/o de sus familiares.

De igual modo, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen la obligación de adoptar disposiciones internas para hacer efectivos los derechos y las obligaciones. Es decir, los Estados "*no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional*

32 Respecto de la obligación de garantía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "*(…) implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*". Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166.

33 La Corte agregó que esta obligación no se satisface con la sola existencia de normas, sino que "*comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*. Ibídem.

34 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafo 155.

35 Sarmiento (2010).

36 Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Op. Cit.

37 A modo de ejemplo ver siguientes resoluciones del Consejo de Seguridad: 1606 (2005) sobre Burundi, considerandos 2 y 7; 1593 (2005) sobre Darfur, Sudán, párrafo 5; 1468 (2003) sobre la República Democrática del Congo, párrafo 5; 1012 (1995) sobre Burundi, considerando 8; 935 (1994) sobre Ruanda, y 780 (1992) sobre ex Yugoslavia.

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo Suspensión de Garantías, del 30 de enero de 1987, párrafo 19.

39 A modo de ejemplo ver Corte IDH, caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004; caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000; y, caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

ni otros elementos del derecho interno para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado"[40].

En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, se agrega el deber de adoptar medidas para su cumplimiento progresivo[41]; esto supone que las medidas regresivas son excepcionales, deben estar debidamente fundadas y sujetarse a un estricto escrutinio por parte de los organismos nacionales e internacionales.

Finalmente, los Estados tienen el deber de cooperar con los órganos internacionales de control, tarea fundamental para el correcto funcionamiento de los órganos internacionales.

b. Responsabilidad internacional del Estado

Los Estados comprometen su responsabilidad internacional cuando, por acción u omisión, incumplen sus obligaciones en materia de derechos humanos y no reparan sus violaciones. El Estado es responsable aun cuando su intención no haya sido incumplir con la obligación o provocar daños a las personas[42]. En derechos humanos, "*el objeto de protección son las personas, por lo que la responsabilidad del Estado es absoluta… y no puede verse disminuida ni agotada por la mera voluntad de uno de los sujetos de la obligación*"[43].

En su responsabilidad internacional, el Estado responde como un todo. En consecuencia, los distintos poderes del Estado –y no sólo el Ejecutivo– están obligados a respetar los derechos humanos y adoptar medidas que los garanticen[44].

Un Estado compromete directamente su responsabilidad internacional cuando sus agentes, o particulares con su aquiescencia o tolerancia, violan los derechos humanos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Así, es directamente responsable cuando un policía tortura o un funcionario público discrimina a una persona por su orientación sexual; y también lo es cuando un grupo de desconocidos, con tolerancia o complicidad de agentes del Estado, mata una persona. A su vez, se compromete indirectamente cuando, frente a una violación de derechos humanos, no cumple con el deber de prevenir, investigar y sancionar. Así, el Estado es responsable, por ejemplo, si no investiga y sanciona el asesinato de una persona, sin perjuicio de quién sea el autor del hecho.

Frente a la violación de un derecho humano, el Estado tiene la obligación de reparar el daño producido[45]. El acto de reparar significa reponer a la persona la situación en que se encontraba antes de que sus derechos fueran vulnerados, y en caso que no sea posible, compensarla de una forma que se considere equivalente[46].

La reparación puede consistir en una compensación económica por los daños que hayan experimentado las víctimas y/o la adopción de medidas que aseguren la no repetición de los hechos que provocaron la violación de derechos, entre otras, la adecuación de la legislación inter-

40 Comité de Derechos Humanos. Observación general No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. Aprobada el 29 de marzo de 2004, párrafo 4.

41 El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que "*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (…) Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos*". Al respecto también puede consultarse el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

42 Crawford (2004).

43 Nash (2009, p. 11).

44 En Chile, un ejemplo de esto fue la sentencia de la Corte IDH en el caso de la censura a la película "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, sentencia de fecha 5 de febrero de 2001), la que en su párrafo 72 señaló que "*esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado*".

45 Nash (2009).

46 Uno de los objetivos de la pena reconocidos en el derecho internacional es la obligación del Estado de respetar y garantizar el derecho de las personas que han sido condenadas a la readaptación social. El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su numeral 3 que "*el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica*". Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 5 que "*las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*".

na, la realización de actos públicos en los cuales el Estado reconoce su responsabilidad, o la capacitación de funcionarios/as en el conocimiento de los derechos humanos de las personas.

De lo aquí expuesto sobre los derechos humanos y su marco normativo se concluye que, por su naturaleza y el valor vinculante de los derechos y obligaciones en materia de derechos humanos, se entienden todos aquellos reconocidos en el ordenamiento interno y en el derecho internacional. La Ley N° 20.405 que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en ese mismo espíritu, establece que el objeto del Instituto es promover y proteger los derechos de las personas que habitan en el territorio de Chile contenidos "*en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional*" (artículo 2).



II. CUMPLIMIENTO Y MEDICIÓN DE LOS AVANCES EN DERECHOS HUMANOS

1. OBLIGACIONES DE LOS PODERES DEL ESTADO

El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no es discrecional para el Estado; el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales (de los que es parte y están vigentes) es deber esencial de todos los poderes estatales, en concordancia con los principios de supremacía constitucional, legalidad y probidad y transparencia[47].

El Estado debe definir cuáles serán los mecanismos para dar efectividad a las obligaciones contraídas. Sin perjuicio de lo anterior, los órganos internacionales de derechos humanos señalan medidas concretas –o estándares– que tiene que tomar el Estado para cumplir con dichas obligaciones. Entre ellas, producir información pública (desagregada por sexo, edad, condición social, etnia, etc.) que permita a las personas, a los propios órganos del Estado y a la comunidad internacional conocer el estado de situación en el cumplimiento de los derechos. Incluyen también, la creación de institucionalidad en derechos humanos –como el Defensor del Pueblo y el Instituto de Derechos Humanos–, reformas de la legislación, asignaciones presupuestarias, formación de funcionarios/as públicos y campañas de difusión, entre otras. Cada poder del Estado adoptará medidas acordes con su mandato y competencia.

Igualmente, es deber de la Administración mantener contacto activo con las organizaciones de la sociedad civil y que ésta sea escuchada. La participación ciudadana conlleva el enriquecimiento de la democracia[48].

47 El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*".

48 Esta recomendación en muchos casos tiene una manifestación legal clara. Por ejemplo, el Convenio Nº 169 de la OIT sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, establece la obligación de consultar a los Pueblos Indígenas sobre las decisiones que los afecten.

1.1 Poder Ejecutivo y Administración del Estado

En Chile, la Constitución Política y las leyes otorgan un amplio campo de acción al Presidente de la República[49] y, en general, a la Administración del Estado. El primer deber del Estado es proteger y servir a la persona. Por tanto, en cada actividad que realice o política pública que genere, el poder ejecutivo debe prever la forma en que ésta afectará los derechos humanos de las personas. Este principio debe irradiar a toda la Administración del Estado –centralizada y descentralizada– y a todos los órganos constitucionales y legales dotados de autonomía institucional.

La Administración del Estado tiene como función principal la satisfacción de las necesidades públicas de la sociedad en su conjunto. Es su deber velar que la creación y la implementación de políticas públicas se oriente al respeto de los derechos humanos, permitiendo un escenario de libertad para su ejercicio.

Entre otras acciones, el poder ejecutivo y la Administración del Estado deben:

- Garantizar que sus funcionarios/as o agentes se abstengan de conductas que constituyan violaciones a los derechos humanos. Para poder cumplir cabalmente con esta obligación y construir una cultura institucional respetuosa de las garantías fundamentales, es necesario que los/as funcionarios/as conozcan las normas constitucionales y los tratados internacionales.

49 Entre ellas, la potestad de reglamentación autónoma o la iniciativa de ley. En Chile, son dos los poderes que participan del proceso de creación de la ley: el poder ejecutivo y el poder legislativo. La Constitución Política de la República reserva ciertas materias de ley al Presidente de la República; del mismo modo, el Congreso Nacional está facultado para delegar al Presidente la creación de normativa en aquellas materias que no son de su competencia original (Decretos con Fuerza de Ley). Así también, el Presidente de la República está facultado para otorgar urgencias a los proyectos de ley presentados ante el Congreso, es decir, establece un período dentro del cual cada proyecto debe ser debatido y votado. Todas estas facultades llevan a denominar a estos poderes como "colegisladores".

- Generar un marco reglamentario claro y vinculante en el cual los órganos del poder ejecutivo –dependientes o relacionados, como las Fuerzas Armadas y de Orden– ejerzan su mandato dentro del respeto a la Constitución y los tratados internacionales.
- Coadyuvar, en su función colegisladora, a que la administración autónoma armonice su accionar al respeto de las libertades y garantías fundamentales.
- Implementar políticas públicas que concreten los derechos fundamentales, asignar recursos a esta tarea y verificar su efectividad; y, propender a la actuación coordinada de los distintos órganos y servicios que integran la Administración del Estado con el objeto de promover el respeto de los derechos humanos.
- Ejercer la iniciativa de ley consagrada en la Constitución y las leyes para promover la adopción de normativa que cumpla con la obligación de garantía.
- Realizar un trabajo coordinado con los distintos órganos del aparato estatal para proteger los derechos humanos.
- Cumplir las resoluciones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos.
- Promover la utilización de un lenguaje inclusivo y no discriminatorio, y prohibir prácticas que tengan como objeto o resultado la discriminación arbitraria.
- Garantizar el ejercicio de los derechos humanos incluso en los estados de excepción establecidos en la Constitución, y propender a que dichos estados duren el menor tiempo posible, de manera de restablecer el imperio de aquellos derechos que la propia Constitución admite limitar durante su vigencia.
- Generar y promover las instancias de participación, diálogo y consulta ciudadana a fin de legitimar todas aquellas acciones tendientes a garantizar derechos fundamentales.
- Presentar al Congreso los tratados internacionales de derechos humanos, pendientes de ratificación para su adopción.

1.2 Congreso Nacional

La Cámara de Diputados y el Senado tienen como principales funciones la elaboración de la ley y la fiscalización de los actos del poder ejecutivo. Su actuar debe estar inspirado en el respeto y protección de los derechos humanos. Adoptar y adecuar la legislación interna a los estándares internacionales de respeto y protección a los derechos fundamentales, constituye una de las principales obligaciones en el campo de los derechos humanos.

Entre otras acciones, el poder legislativo debe:

- Respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y los tratados internacionales, y no dictar normas que las contradigan.
- Adoptar legislación que permita hacer concretos los derechos humanos consagrados en la Constitución y las leyes. Esto supone asignar recursos para velar por una efectiva implementación de las leyes.
- Adecuar la legislación interna a las obligaciones que el Estado ha contraído en materia de derechos humanos.
- Consagrar acciones y recursos judiciales efectivos, oportunos y adecuados, a fin de garantizar los derechos fundamentales.
- Promover la ratificación de tratados internacionales en materia de derechos humanos y velar por su correcta y completa implementación.
- Ejercer de manera adecuada su derecho a plantear reservas a los tratados internacionales, de manera tal que éstas no constituyan restricciones al ejercicio de los derechos humanos.
- Iniciar las investigaciones correspondientes cuando estime que el poder ejecutivo no cumple los derechos fundamentales consagrados en Chile.
- Promover el debate, la participación y consulta ciudadana respecto de aquellas medidas legislativas que afecten y digan relación con los derechos humanos.

1.3 Tribunales de justicia y órganos que ejercen jurisdicción

La Constitución Política establece que "*la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*" (artículo 76). Sometida una causa a su conocimiento y competencia, un tribunal no puede excusarse de resolver, aun a falta de ley (principio de inexcusabilidad).

La correcta interpretación de las normas, con sujeción a los estándares de derechos humanos, constituye la principal garantía de respeto y protección, que dota de efectividad el ejercicio de los derechos fundamentales. Son estas funciones las que hacen del poder judicial y los órganos que ejercen jurisdicción o tienen competencias para resolver contiendas de relevancia jurídica, una de las caras más visibles del ejercicio concreto de los derechos humanos.

Habitualmente, cuando una persona ve vulnerados sus derechos por la actuación de agentes del Estado o de privados, concurrirá a los tribunales de justicia a pedir que la ampare y la compense por los daños que ha experimentado. En este sentido, el poder judicial en el ejercicio de su potestad está permanentemente definiendo cuál es el contenido y alcance de los derechos fundamentales en el país. Precisamente por la naturaleza y relevancia de su gestión, para cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos debe procurar:

- Respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos. Resulta particularmente importante que en sus procedimientos los tribunales respeten, entre otras normas, el debido proceso.
- Velar porque las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos no se vean menoscabadas por la aplicación de leyes del ordenamiento interno, contrarias a su objeto y fin. Para ello, ejercer el "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas y dichos instrumentos, tomando en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que hacen los órganos autorizados de vigilar su cumplimiento[50].
- Desarrollar competencias y aptitudes para temas que requieran de un conocimiento específico, por ejemplo, en el caso de la violencia sexual contra las mujeres, identidades de género, diversidad cultural, pueblos indígenas, entre otros. El conocimiento cabal, en términos legales y humanos, permitirá a los órganos de justicia responder correctamente a la multiplicidad de situaciones en que se encuentran las personas. Más aún, este conocimiento puede ser determinante para asistir y resguardar a las víctimas de delitos u otras infracciones. Este deber incluye a los órganos auxiliares de la administración de justicia, particularmente a las policías y Servicio Médico Legal.
- Garantizar el efectivo acceso a la justicia de todas las personas sin discriminación. Esta acción es determinante para hacer efectivos los derechos humanos consagrados en la Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos, especialmente para los grupos que viven en condiciones de vulnerabilidad.
- Publicitar de manera especial todas aquellas resoluciones judiciales sobre de derechos humanos, de forma tal que la sociedad conozca aquellas decisiones.
- Dar cuenta al Presidente de la República, y en los casos en que sea requerida su opinión al Congreso Nacional, los vacíos que note en las leyes cuando ellas afecten de cualquier modo derechos de las personas.
- Requerir, cuando corresponda, ante los órganos constitucionales competentes la declaración de inaplicabilidad de aquellos preceptos legales cuya aplicación en un caso concreto pueda producir efectos contrarios a los derechos constitucionales.

50 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

2. ÁMBITO DE REVISIÓN DE LA SITUACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN CHILE, LINEAMIENTOS METODOLÓGICOS

La revisión de la situación de derechos humanos a que se aboca el Instituto se hace sobre las obligaciones adquiridas por el Estado de Chile en los tratados ratificados y vigentes, las observaciones y recomendaciones formuladas por los órganos de vigilancia –tanto generales como específicas para el Estado–, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y semijurisdiccionales internacionales sobre quejas individuales, los estándares normativos establecidos por dichos órganos en sus sentencias y resoluciones, y los compromisos que el Estado se ha impuesto en la Constitución y en la normativa interna para promover y proteger los derechos humanos en el país.

3. BASE DE OBSERVACIÓN

3.1 Tratados internacionales y regionales de derechos humanos

Los tratados de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, considerados como el tronco fundamental de normas internacionales en la materia, son los siguientes:

SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS*

INSTRUMENTO INTERNACIONAL	FECHA DE PROMULGACIÓN	FECHA PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL	VIGENCIA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	30-11-1976	29-04-1989	29-04-1989
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	15-06-1992	20-08-1992	20-08-1992
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte	15-10-2008	05-01-2009	05-01-2009
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	28-04-1989	27-05-1989	27-05-1989
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	2-10-1971	12-11-1971	12-11-1971
Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes	07-10-1988	26-11-1988	26-11-1988
Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	18-12-2008	14-02-2009	14.02-2009
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	27-10-1989	09-12-1989	09-12-1989
Convención sobre los Derechos del Niño	14-08-1990	27-09-1990	27-09-1990
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados	09-09-2003	17-12-2003	17-12-2003
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía	08-08-2003	06-09-2003	06-09-2003
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	12-04-2005	08-06-2005	08-06-2005
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo	25-08-2008	17-09-2008	17-09-2008

INSTRUMENTO INTERNACIONAL	FECHA DE PROMULGACIÓN	FECHA PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL	VIGENCIA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO
Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.	20-12-2004	16-02-2005	16-02-2005
Convención sobre el Estatuto de los Refugiados	8-06-1972	19-07-1972	19-07-1972
Protocolo Facultativo sobre el Estatuto de los Refugiados	9-06-1972	20-07-1972	20-07-1972
Convenio n° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	02-10-2008	14-10-2008	15-09-2009
Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas**			

* Fuente: Biblioteca Congreso Nacional. http://www.leychile.cl/Consulta/buscador_tratados

** Nota: Este instrumento fue aprobado por el Congreso Nacional el 2 de septiembre de 2009, y depositado en Naciones Unidas el 8 de diciembre del mismo año. Sin embargo, la Convención no se ha promulgado aún debido a que no ha entrado en vigencia internacional.

INSTRUMENTOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS*

INSTRUMENTO REGIONAL	FECHA DE PROMULGACIÓN	FECHA DE PUBLICACIÓN DIARIO OFICIAL	VIGENCIA ORDENAMIENTO INTERNO*
Convención Americana Sobre Derechos Humanos	23-08-1990	05-01-1991	05-01-1991
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	27-01-2010	24-02-2010	24-02-2010
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	07-10-1988	26-11-1988	26-11-1988
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer,	23-09-1998	11-11-1998	11-11-1998
Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	25-03-2002	20-06-2002	20-06-2002

* Fuente: Biblioteca Congreso Nacional. http://www.leychile.cl/Consulta/buscador_tratados

En mayo de 2009, Chile se sometió al Examen Periódico Universal (EPU), mecanismo del Consejo de Derechos Humanos CDH –órgano subsidiario de la Asamblea General de Naciones Unidas– que tiene por objeto revisar el cumplimiento de las obligaciones y compromisos de derechos humanos que han asumido los Estados[51]. El EPU no reemplaza la labor de los órganos creados en virtud de tratados; más bien tiene un carácter complementario e integrador en la medida que su revisión abarca: la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos de derechos humanos (pactos, convenios y otros tratados), las recomendaciones de los órganos de vigilancia y de procedimientos especiales, las promesas y compromisos que hayan asumido voluntariamente los Estados, y el derecho internacional humanitario aplicable[52]. Es decir, el EPU entrega una visión global sobre el cumplimiento del Estado en materia de derechos humanos, expresa sus preocupaciones y formula recomendaciones al Estado sobre ámbitos específicos y líneas de acción.



51 Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General, 60/251. Consejo de Derechos Humanos. A/res 60/251 del 3 de abril de 2006. La base del examen, sus principios y objetivos están fundados en la Resolución 5/1 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos del 18 de junio de 2007.

52 Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución A/RES/60/251 del 3 de abril 2006 que crea el Consejo de Derechos Humanos.

El examen consiste en un diálogo interactivo entre el Estado examinado, en este caso Chile, y el Grupo de Trabajo del EPU integrado por los 47 Estados miembros del CDH, sobre la base de tres fuentes de información: el informe del Estado, una compilación de información de las Naciones Unidas acerca del Estado examinado preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones para los Derechos Humanos (OACDH)[53], y un resumen de la información presentada por otras partes interesadas, incluidos los actores de la sociedad civil[54]. Las recomendaciones del Grupo de Trabajo se formulan como corolario a este proceso de revisión y consulta[55].

3.2 Procedimientos especiales[56]

Durante la última década, Chile ha recibido la visita de tres relatores que han formulado al Estado recomendaciones para el mejor cumplimiento de sus obligaciones respecto de tratados específicos:

53 Este informe es una recopilación de la información que figura en los informes de los órganos de tratados, los procedimientos especiales, incluidas las observaciones y comentarios del Estado examinado, y en otros documentos oficiales pertinentes de las Naciones Unidas. El documento preparado por la OACDH para el EPU de Chile es el A/HRC/WG.6/5/CHL/2, 9 de marzo 2009. Disponible en: http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session5/CL

54 En el resumen de las comunicaciones de la sociedad civil al examen de Chile A/HRC/WG.6/5/CHL/3, del 19 de febrero de 2009, se informan 12 interlocutores de organizaciones nacionales, regionales e internacionales. Entre ellas, Amnistía Internacional. Human Rights Watch, Corporación Humanas, Corporación Interés Público, Fundación Ideas, Domos, Movimiento de Emancipación de la Mujer Chilena (MEMCH), Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Centro de Estudios de la Mujer (CEM), Observatorio de Género y Equidad, Fundación Participa, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Observatorio Ciudadano, Asociación Americana de Juristas, CODEPU (Corporación de Defensa de los Derechos del Pueblo), Corporación OPCIÓN, Comisión Ética contra la Tortura, CINTRAS (Centro de Salud Mental y Derechos Humanos), Coordinador de Derechos Humanos de los Colegios Profesionales de Chile, Red de ONG Infancia y Juventud Chile, Iniciativa por los Derechos Sexuales: Action Canada for Population and Development; CREA-India; Mulabi- Espacio Latinoamericano de Sexualidades y Derechos; Polish Federation for Women and Family Planning y Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD, Chile).

55 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile. A/HRC/12/10 del 4 de junio 2009.

56 El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas recurre a expertos/as para que coadyuven en el examen de situaciones específicas de derechos humanos. Se considera que son “peritos en misión”, cuyos informes aportan al análisis de la situación de los derechos humanos en un país o en relación con un determinado tema. Por su parte, en el sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también cuenta con la figura de relatorías sobre temas que requieren atención especial, de acuerdo a las resoluciones del órgano.

- Relator Especial sobre situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de Naciones Unidas (julio 2003 y abril de 2009).
- Relator sobre los Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (septiembre de 2007).
- Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas (agosto 2008).

3.3 Situaciones individuales, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

La mayoría de los órganos establecidos en virtud de tratados de derechos humanos pueden recibir y conocer denuncias de particulares o de grupos de personas, siempre que se haya reconocido por parte del Estado esta competencia al Comité respectivo. El Estado de Chile ha reconocido esta competencia al Comité de Derechos Humanos, al Comité contra la Tortura y al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, y a los organismos regionales.

A nivel interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH tiene la facultad de recibir e investigar peticiones individuales que aleguen posibles violaciones a los derechos humanos contenidos en las convenciones regionales. Una vez que la CIDH emite su informe, el Estado debe cumplir con las recomendaciones que se le plantean; caso contrario, la Comisión tiene la facultad de demandar al Estado ante la Corte[57].

Los acuerdos de solución amistosa y las recomendaciones de los Informes de Fondo de la CIDH exigen del Estado un resultado específico, y son obligatorias cuando se trata de sentencias dictadas por la Corte Interamericana[58]. Respecto del carácter vinculante de las recomendaciones, la Corte ha señalado que "*en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos*"[59].

En los últimos cinco años, la CIDH ha declarado admisibles 16 denuncias contra el Estado de Chile por infracción a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y/o en la Convención Belém do Pará[60]. De igual manera, el Estado ha arribado a soluciones amistosas en otras cuatro peticiones, las cuales tienen distintos grados de cumplimiento. Respecto de Informes de Fondo, la CIDH ha emitido varios en relación a casos presentados a su consideración donde caben responsabilidades del Estado[61]. En la Corte IDH, el Estado deberá comparecer por el caso de discriminación a Karen Atala[62].

57 Ejemplos de esto en Chile son la eliminación de la censura previa en materia cinematográfica, producto de la condena en el caso "La Última Tentación de Cristo" (Corte IDH, caso Olmedo Bustos y Otros Vs. Chile, sentencia de fecha 5 de febrero de 2001); y, la promulgación de la ley de transparencia y acceso a la información pública, tras la condena en el caso Claude Reyes (Corte IDH, caso Claude Reyes Vs. Chile, sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006). También hay ejemplos en que la Corte ha condenado al Estado chileno, pero las medidas aún no se llevan a cabo; tal es el caso de Palamara Iribarne (Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de fecha 22 de noviembre de 2005), cuya sentencia obliga a modificar la Justicia Militar; y, el caso Almonacid (Corte IDH, Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006), cuya sentencia prescribe dejar sin efecto la Ley de Amnistía.

58 Como la derogación de una ley, el ofrecimiento de disculpas públicas, la publicación de la sentencia de la Corte en un medio oficial, o la indemnización de perjuicios, entre otras medidas.

59 Corte IDH, caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 80.

60 Esta información fue solicitada a Cancillería, que en su respuesta (Oficio 14867, del 12 de noviembre 2010) indicó remitirse a la página del Ministerio www.minrel.gov.cl/prontus_minrel/site/artic/20080902/pags/20080902205120.php , que a su vez remite a la página web de la CIDH y de la Corte IDH. No se pudo obtener información completa sobre su número, materia y grado de cumplimiento por parte del Estado.

61 El cuadro señala los casos en proceso; no se incluyen los ya resueltos por la CIDH y la Corte IDH.

62 La información sobre casos en la Corte y ante la Comisión, así como sobre soluciones amistosas fue recabada de las páginas de la CIDH www.cidh.org y de la Corte IDH www.corteidh.or.cl.

CASOS PENDIENTES ANTE LA CORTE IDH*

PETICIONARIO/A	DERECHOS	HECHOS
Karen Atala e hijas	Artículos 1, 11, 17, 19 y 24 de la CADH**	Caso 12.502 contra la República de Chile. 17 de septiembre de 2010

* La información sobre casos en la Corte y ante la Comisión fue recabada de las páginas de la CIDH www.cidh.org y de la Corte IDH www.corteidh.or.cl.
** Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cuadro CADH.

CASOS DECLARADOS ADMISIBLES ANTE LA CIDH

CASO	DERECHOS VULNERADOS	HECHOS
Vinicio Poblete Vilches. Informe nº13/09, petición 339-02 / 19. 3.2009	Artículos 4, 8, 24 y 25 CADH	Muerte por negligencia médica en un hospital público
Miguel Ignacio Fredes González y Ana Andrea Tuczek Fries. Informe nº 14/09, petición 406-03 / 19.2.2009	Artículos 13, 23, 25 y 30 CADH	Acceso a la información en poder del Estado sobre alimentos transgénicos
Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoaltinos y sus miembros. Informe nº 141/09, petición 415-07 / 30.12.2009	Artículos 1.1, 2 y 7 CADH	Pascua Lama
Juan Vergara Reyes. Informe nº 74/08, petición 4524-02 / 17.10. 2008	Artículos 1.1, 2 y 7 CADH	Privación de libertad
Juan Patricio Marileo Saravia y otros. Informe nº 32/07, petición 429-05 / 23.3.2007	Artículos 1, 2, 8 y 24 CADH	Mapuches, incendio, ley antiterrorista
Víctor Manuel Ancalaf Llaupe. Informe nº 33/07, Petición 581-05 / 2.4.2007	Artículos 1, 8, 9 y 24 CADH	Mapuches, incendio, ley antiterrorista
Jorge Adrián Sotomayor Corrales. Informe nº 44/07, petición 538-01 / 23.7.2007	Artículos 1, 4, 5, 7, 8 y 25 CADH	Detención arbitraria y derecho a la vida
Carlos Baraona Bray. Informe nº 50/07, petición 232-05 / 24.7. 2007	Artículos 1.1, 13 y 24 CADH	Libertad de pensamiento, igualdad ante la ley
Aniceto Norin Catriman y Pascual Pichun Paillalao. Informe nº 89/06, petición 619-03 / 21.10.2006	Artículos 1, 2, 8, 9 y 24 CADH	Mapuches, incendio, ley antiterrorista
Omar Humberto Maldonado Vargas y otros. Informe nº 6/05, petición 285/03 / 9.3.2005	Artículos 8(1), 8(2)(h), 9, 11(1), 24, 25 y 27(2) CADH	Personas juzgadas por tribunales militares en tiempos de guerra
Eduardo Perales Martínez. Informe nº 57/05, petición 12.143 / 12.10. 2005	Artículos 1, 8, 13 y 25 CADH	Libertad de pensamiento
Leopoldo Garcia Lucero. Informe nº 58/05, petición 350/02 / 12.10.2005	Artículos 1, 2, 8 y 25 CADH	Falta de reparación en caso de prisión política, tortura y exilio

CASO	DERECHOS VULNERADOS	HECHOS
Magdalena Mercedes Navarrete, Alberto Reyes Navarrete, Víctor Eduardo Reyes Navarrete, Patricio Hernán Reyes Navarrete, Pamela Adriana Vivanco, Katia Ximena del Carmen Espejo Gómez, Elena Alejandrina Vargas Gómez, Ilia María Pradenas Páez, Mario Melo Acuña, Carlos Gustavo Melo Pradenas. Informe nº 59/05, petición 381/04 / 12.10.2005	Artículos 1, 2 8 y 25 CADH	Desaparición forzada de familiares
María Órdenes Guerra. Informe nº 60/05, petición 511/03 / 12. 10.2005	Artículos 1, 2, 8 y 25 CADH	Falta de reparación, muerte marido por agentes de la dictadura
Lucía Morales Compagnon e Hijos. Informe nº 61/05, petición 698/03 / 12.10.2005	Artículos 1, 2, 8 y 25 CADH	Falta de reparación, muerte marido por agentes de la dictadura
Alina María Barraza Codoceo y otros. Informe nº 62/05, petición 862-03 / 12.10.2005	Artículos 1, 2, 8 y 25 CADH	Falta de reparación, muerte marido por agentes de la dictadura

4. PARÁMETROS DE MEDICIÓN DE CUMPLIMIENTO Y FUENTES

Definir una metodología para dar cuenta del cumplimiento del Estado de las obligaciones comprometidas en materia de derechos humanos es una tarea compleja. Sobre la base de sus principios universales, el campo de los derechos humanos está en permanente transformación, ampliando sus rangos de interpretación e incluyendo en forma explícita sujetos y titularidades. Desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los pactos de derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales, a lo largo de sesenta años se han agregado tratados y convenciones atingentes a situaciones y grupos humanos específicos. La complejización del campo se vincula con las demandas de reconocimiento y redistribución que plantean sujetos específicos –como las mujeres, los niños y las niñas, los pueblos indígenas, los y las migrantes– y las aspiraciones de democracia y desarrollo que formulan los Estados reunidos en la comunidad internacional.

Tanto el Sistema de Naciones Unidas como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han abocado a establecer parámetros que permitan visualizar con mayor profundidad los avances y las materias pendientes de los países en el cumplimiento de sus obligaciones. En el primero, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos OACDH es la encargada de dar seguimiento a este propósito; en el segundo, el liderazgo es de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. En ambos, grupos de expertos/as han avanzando en el lineamiento de indicadores; Naciones Unidas en mediciones sobre los derechos humanos en general, mientras que el esfuerzo regional se ha centrado en indicadores de progreso en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales[63].

La demanda de indicadores adecuados, señalan los/as presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, "*no responde únicamente a la necesidad de vigilar el cumplimiento de los instrumentos de derechos humanos por los Estados Partes, sino también a la necesidad de contar con instrumentos útiles para reforzar la rendición de cuentas, articular y presentar reclamaciones sobre las entidades encargadas y formular las políticas y programas públicos necesarios para facilitar la realización de los derechos humanos*"[64].

63 Además de las mencionadas, existen esfuerzos del International Council on Human Rights Policy y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entre otros. Para una aproximación a estos instrumentos ver: Núñez P. (2009). El INDH tomará en cuenta estos esfuerzos y sus progresos, con el objetivo de recoger su aporte metodológico y teórico que avanza en la medición del cumplimiento de las obligaciones del Estado.

64 Naciones Unidas, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos. HRI/MC/2006/7, 11 de mayo de 2006.

El ejercicio realizado por los grupos de trabajo parte por definir lo que constituye un indicador de derechos humanos, y sus diferencias con otros –como aquellos relativos al nivel de desarrollo o a la realidad socioeconómica de un país–. Un indicador en derechos humanos brinda: "*informaciones concretas sobre el estado de un acontecimiento, actividad o resultado que pueden estar relacionadas con las normas de derechos humanos; que abordan y reflejan las preocupaciones y principios en materia de derechos humanos y que utilizan para evaluar y vigilar la promoción y protección de los derechos humanos*"[65]. El propio contenido de los tratados establece parámetros para la formulación de indicadores que son específicos a su materia, como por ejemplo, número de ejecuciones extrajudiciales, número de niños/as que no acceden a educación primaria por causas de discriminación o número de mujeres en cargos de elección popular.

Es importante diferenciar entre indicadores de derechos humanos e indicadores de desarrollo económico y social. Aun cuando la información que estos últimos producen puede alimentar el examen del cumplimiento de derechos –particularmente cuando se trata de establecer los progresos en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales–, el propósito y sentido de ambas herramientas son distintos. Los indicadores de derechos humanos permiten fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas que establecen los tratados de derechos humanos, las que pueden ser positivas o negativas, inmediatas o progresivas. Un indicador de derechos humanos muestra avances o retrocesos en el ejercicio de derechos. El grupo de trabajo sobre lineamientos para la elaboración de indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales, aclara que: "*Por consiguiente, estos indicadores no se restringen a recaudar información sobre la situación económica y social de un Estado Parte, sino que apuntan a verificar el cumplimiento y efectividad de tales derechos*"[66].

Los indicadores de progreso económico y social, por su parte, se formulan con el propósito de establecer el grado de desarrollo de un país. Ejemplo de ello son los indicadores de desarrollo humano formulados por el PNUD[67], que miran el proceso de desarrollo en función de la ampliación de oportunidades de vida de las personas. En general estos instrumentos –tal como aquellos formulados por la CEPAL[68], o los propios Objetivos del Milenio de Naciones Unidas– han avanzado hacia la incorporación de la perspectiva de derechos humanos a fin de poder hacer mediciones integrales que las estadísticas no permiten. Su propósito –aquí la diferencia– es el desarrollo y no la observación del cumplimiento de los derechos contenidos en los tratados.

Muchos indicadores de desarrollo pueden servir de base para la elaboración de indicadores de derechos humanos, señala el informe del grupo de trabajo de la CIDH, y varias estadísticas socioeconómicas pueden reunir los requisitos de un indicador de derechos humanos, agrega el informe de la OACDH. Sin perjuicio de ello, los indicadores de derechos humanos no limitan su observación de cumplimiento a estos datos; incorporan de manera sustancial la realización inmediata o progresiva –dependiendo de los atributos del derecho humano en cuestión– y la condiciones que favorecen o limitan su acceso efectivo: reconocimiento constitucional y legal, mecanismos institucionales y de política pública, recursos y capacidades con que cuenta la población para exigirlos, y funcionamiento de los sistemas de justicia, entre otros aspectos[69].

La elaboración de indicadores de derechos humanos exige ciertas condiciones conceptuales y metodológicas específicas a su materia. La base conceptual se nutre del contenido normativo de los tratados, de las observaciones generales de los órganos que vigilan su complimiento, y de los principios generales de derechos humanos como la igualdad y no discriminación y la indivisibilidad. Al mismo tiempo, los indicadores deben dar cuenta de la aceptación de las nor-

65 Ibídem, párrafo 7.
66 Organización de Estados Americanos OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julio 2008, párrafo 15, p. 9.

67 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
68 Comisión Económica para América Latina.
69 OEA-CIDH (2008), Op. Cit., párrafos 14-21.

mas por parte del Estado, de sus esfuerzos por cumplir con las obligaciones adquiridas y de la consolidación de éstos en resultados.

En lo metodológico, los indicadores de derechos humanos se deben construir sobre información rigurosa y datos de producción periódica, adecuados al contexto en que se aplican. El parámetro de tiempo para la medición se inicia al momento de entrada en vigencia del tratado en el país. El grupo de trabajo de la OACDH subraya la necesidad que los indicadores escogidos sean pertinentes, válidos, fiables, simples, oportunos, reducidos en número, objetivos, validados por mecanismos de generación de datos, expresivos de relaciones de tiempo y espacio, respetuosos de las normas internacionales sobre estadísticas, y sensibles al desglose por edad, sexo, diversidad étnica y cultural, y otras condiciones de las personas o de las situaciones en que se encuentran que sean relevantes a la hora de revisar el goce efectivo de sus derechos humanos.

Una consideración importante es que los contextos en que se plasman las obligaciones del Estado no son estáticos –están sujetos a las variaciones propias del desarrollo o de condiciones políticas e incluso ambientales–, por lo cual los lineamientos metodológicos y los indicadores no son fijos ni acabados; más bien, deben ser lo suficientemente amplios y abiertos para permitir la incorporación de ajustes y variaciones.

4.1 Indicadores

El grupo de trabajo de la CIDH propone un modelo de indicadores de progreso que, aunque está formulado para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, contiene una definición útil para el examen de cualquier derecho; el sistema de indicadores, señala, "*debe permitir establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en realidad y el estándar o meta deseada*"[70]. Propone al efecto un sistema de indicadores –es decir, un conjunto organizado de información cualitativa y cuantitativa– de tipo estructural, de proceso y de resultado que dé cuenta del reconocimiento de derechos, los esfuerzos de cumplimiento del Estado y sus resultados en el marco de las obligaciones de promover, garantizar y proteger los derechos humanos.

Los indicadores cuantitativos y cualitativos se definen y diferencian por el tipo de información con que se construyen. Uno de tipo cuantitativo se expresa en números, cifras, porcentajes, tasas e índices, censos y encuestas, entre otras categorías de medición. Por su parte, un indicador cualitativo recoge percepciones y opiniones respecto del derecho evaluado, de forma tal que complementa la información que arroja el indicador cuantitativo. El grupo de trabajo de la CIDH nombra estos indicadores como "*señales de progreso cualitativa",* que *"no parte(n) de una categoría preestablecida, como tampoco de una escala de medición ya dada (estadística) sino que captan la definición de la situación que efectúa el propio actor social y el significado que éste le da al fenómeno evaluado, lo que resulta clave para poder interpretar los hechos*"[71]. El grupo de la OACDH los define en términos de "*una lista de control, o una serie de preguntas en calidad de indicadores para complementar o elaborar información numérica sobre la realización de los derechos humanos*"[72]. Un indicador cuantitativo es, por ejemplo, el número de partos atendidos en establecimientos de salud; el indicador cualitativo estaría dado por las percepciones u opiniones que las mujeres atendidas tengan sobre la calidad del servicio.

Los indicadores cuantitativos y cualitativos se complementan entre sí. Los primeros pueden facilitar evaluaciones cualitativas y, a su vez, estas pueden complementar la interpretación de indicadores cuantitativos. Más claramente, para el grupo de la CIDH "*los indicadores cuantitativos deben ser complementados con señales de progreso cualitativas, que contribuyan a poner en contexto la información estadística y*

70 OEA-CIDH (2008), párrafo 9.

71 Ibídem, nota 24.
72 Naciones Unidas (2006), Op. Cit., párrafo 8.

brinden elementos de análisis al órgano de supervisión". En uno y otro caso, se enfatiza la accesibilidad y transparencia que el Estado debe garantizar en la producción de la información, y la importancia de la participación de la sociedad civil en el proceso.

En relación con el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los instrumentos de derechos humanos, los indicadores se clasifican en estructurales, de proceso y de resultado:

- Los indicadores estructurales: dicen relación con los aspectos jurídicos –como la ratificación de un tratado– y la existencia de los mecanismos institucionales para facilitar la realización del derecho humano en cuestión. Se concentran en la naturaleza de las leyes nacionales y los mecanismos institucionales que promueven y protegen las normas[73]. Para el grupo de trabajo de la CIDH, otorgan información para evaluar cómo se organiza el aparato institucional y el sistema legal del Estado para cumplir las obligaciones contraídas; incluye observación sobre la adopción de medidas, normas jurídicas, estrategias, planes, programas o políticas, o la creación de agencias públicas destinadas a implementar esos derechos, entre otros aspectos.
- Los indicadores de proceso: buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos, a través del examen del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas, políticas u otras actividades e intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho[74]. Para Naciones Unidas, estos indicadores ayudan a vigilar directamente el ejercicio progresivo del derecho o el proceso de protección del derecho, según sea el caso, para su realización plena.
- Los indicadores de resultado: miden el impacto real de las estrategias, programas e intervenciones del Estado. La mejora en los indicadores de resultado puede ser indicio de la adecuación de las medidas adoptadas y de mejoras progresivas hacia la plena efectividad de los derechos. Sin embargo, señalan ambos grupos de trabajo, para establecer un juicio definitivo es necesario revisar las medidas adoptadas para este alcance –es decir, los indicadores de proceso– porque puede ser que el retroceso o avance en un indicador de resultado no se deba a acciones del Estado.

Para cada derecho, el grupo de trabajo de la CIDH propone que la información en los indicadores estructurales, de proceso y de resultado se clasifique en tres categorías: recepción del derecho, capacidades estatales y contexto financiero básico. En la primera, se observa la forma en que un derecho está incorporado en el sistema normativo del país (en qué normas, cual es su jerarquía y operatividad), y en las prácticas y políticas públicas. Las capacidades estatales miran a profundidad el contexto institucional en que se implementan las medidas para cumplir con las obligaciones frente a un derecho: las relaciones interinstitucionales, la división de tareas, la capacidad financiera y las fortalezas de los recursos humanos. Por último, el contexto financiero apela a conocer la disponibilidad efectiva de recursos para que las medidas diseñadas puedan cumplir con los fines que se proponen en términos de promover, garantizar o proteger un derecho. Esta profundización de los indicadores que propone el grupo de trabajo permite acercarse con mayor certeza a la evaluación de cumplimiento, e identificar con precisión las limitaciones y obstáculos de manera que el Estado pueda intervenir sobre ellos.

Ambos grupos de trabajo incorporan indicadores sobre temas transversales en derechos humanos, que deben conjugarse con los indicadores antes expuestos en el examen de la obligación del Estado sobre un derecho específico. Para la CIDH estos son: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia, y acceso a la información y la participación. El documento de la OACDH refiere la necesidad de "*indicadores para las normas intersectoriales*" aludiendo con ello a parámetros que tienen por objeto "*reflejar la medida en que el proceso de aplicación y realización de los derechos humanos es, por ejemplo, participativo, incluyente, habilitador, no discriminatorio, responsable o, cuando se requiere, apoyado por la cooperación internacional*"[75]. El sentido de ambas especifica-

73 Ibídem, párrafo 17.
74 OEA-CIDH (2008), párrafo 31.
75 Naciones Unidas (2006), párrafo 21.

ciones es el mismo; apunta a establecer que el examen de la realización de un derecho humano tiene que hacerse dentro de los principios generales que rigen a todos, particularmente respecto de la igualdad y no discriminación, de la indivisibilidad de los derechos humanos, y de las capacidades y recursos con que cuentan las personas para demandarlos y ejercerlos.

El Instituto en la elaboración de su Informe Anual recoge el aporte de estos instrumentos, y se propone aplicar sus directrices en la formulación de indicadores que permitan revisar la situación de los derechos humanos en el país, en el marco de las obligaciones contraídas por el Estado. Sobre esta base conceptual y metodológica construirá año a año un sistema de indicadores que, con mayor precisión y arraigo nacional y local, permita mirar el cumplimiento del Estado y la formulación de recomendaciones.

4.2 Fuentes y mecanismos de generación de datos

Las fuentes identificadas que nutren los indicadores y otras unidades de medidas para la revisión de la situación de derechos humanos, en el marco de las obligaciones del Estado, son de carácter formal, no formal e indirectas.

Se entiende por fuentes formales aquellas provenientes del propio Estado –ya sea porque está en poder de sus órganos o porque el mismo Estado las ha creado– en su calidad de responsable de la producción de información oficial de carácter pública. Incluyen una amplia gama de documentos como proyectos de ley y leyes, decretos y normas de distinto orden, planes y programas, estadísticas, encuestas y datos específicos, estudios y evaluaciones, asignaciones presupuestarias y gasto, entre otros. Los indicadores y unidades de medida, señala el grupo de trabajo de la CIDH, "*deberán considerar de manera realista, el tipo y calidad de la información disponible en cada Estado. Ello sin perjuicio del deber de los Estados parte de garantizar la producción de este tipo de información, su publicidad y su accesibilidad, su rigurosidad y transparencia, como condición de efectividad del mecanismo de seguimiento…y la activa participación de la sociedad civil en el proceso*"[76].

76 OEA-CIDH (2008), párrafo 12.

Son fuentes formales u oficiales, entre otras:

Poder ejecutivo:

- Ministerios. En particular, Dirección de Derechos Humanos de Cancillería; Ministerio de Justicia; Ministerio del Interior, en particular Programa de Derechos Humanos; Ministerios de Salud, de Educación y del Trabajo, entre otros.
- Servicios dependientes, como: Gendarmería, Servicio Médico Legal, Corporación de Asistencia Judicial y Defensoría Penal Pública.
- Servicios tales como Servicio Nacional de la Mujer SERNAM, Servicio Nacional de Menores SENAME, Servicio Nacional del Consumidor SERNAC y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena CONADI, Servicio Nacional del Adulto Mayor SENAMA.
- Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones.

Poder legislativo:

- Cámara de Diputados y Senado de la República. Informes de Comisiones regulares, comisiones de investigación específicas, principalmente en materia de derechos humanos, entre otros.

Poder judicial y órganos jurisdiccionales:

- Corte Suprema de Justicia. Cuenta Anual, principalmente datos sobre recursos de protección presentados, causas de derechos humanos con sentencia definitiva, entre otros datos.
- Cortes de Apelaciones.

Organismos autónomos del Estado:

- Tribunal Constitucional. Por ejemplo, datos cualitativos y cuantitativos sobre recursos de inaplicabilidad que recaigan sobre derechos fundamentales.
- Ministerio Público.
- Contraloría General de la República.

Otros organismos públicos:

- Instituto Nacional de Estadísticas INE.
- Municipalidades.
- Instituto de Salud Pública.
- Superintendencias.
- Servicio de Registro Civil.

Las fuentes no formales corresponden a actores no estatales que producen conocimiento, datos, informes y documentación en general, relevante para dar cuenta de la situación de derechos humanos en el país. Se trata principalmente de la academia y centros de estudios en general, organizaciones no gubernamentales, organizaciones sociales o ciudadanas, y organismos privados. Estas fuentes dan cuenta de las preocupaciones de la sociedad civil respecto del respeto y posibilidad real de ejercicio de los derechos humanos. Su información debe cumplir con criterios de rigurosidad y ser verificable.

- Estudios e investigaciones de la academia.
- Informes de ONG y de la sociedad civil.
- Hechos públicos de violaciones a los derechos humanos de interés o denunciados ante organismos nacionales, regionales o internacionales[77].
- Otros de carácter similar.

Por otra parte, se consideran fuentes informales aquellas proporcionadas por los medios de comunicación, portales web, y de otros similares.

A nivel internacional y regional, también se identifican fuentes que producen información relevante para la revisión de la situación de derechos humanos. Se trata de los informes, estudios y otros documentos técnicos elaborados por organismos como CEPAL, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, Mercosur y Pacto Andino, y de las propias agencias de Naciones Unidas.

El Instituto tiene el propósito de generar para futuros informes fuentes directas, es decir de producción propia, para fiscalizar la situación de derechos humanos en el país, entre ellas la realización de encuestas y estudios particulares, y la implementación de estrategias cualitativas –como entrevistas a informantes claves– que permitan relacionar datos y mediciones cuantitativas con las percepciones de la ciudadanía y la opinión especializada en materias particulares que sean de preocupación del INDH. Además, dotarse de instrumentos de medición, construir bases de datos y de estadísticas debidamente actualizadas, desagregadas por criterios de edad, sexo y etnia, desglosadas en relación con los tipos de deberes y derechos. Para ello se propone establecer relaciones de cooperación con organismos del Estado, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil, y con otros institutos y centros de derechos humanos regionales e internacionales.

5. ALCANCE AL INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2010

Dada la reciente conformación del Instituto, su Consejo resolvió centrar la revisión de la situación de derechos humanos para el año en curso en el principio de igualdad y no discriminación, particularmente referido a aquellos grupos que los órganos de tratado y el Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos señalan en sus áreas de preocupación y recomendaciones, así como aquellas relativas a las violaciones graves a los derechos humanos a las que hace referencia en el examen universal[78].

El Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal se basó en el informe presentado ante esta instancia por el Estado de Chile, una recopilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de observaciones y recomendaciones formuladas por los órganos de vigilancia de los tratados al país[79], y un resumen de los informes de la sociedad civil también facilitado por el Alto Comisionado[80]. El examen de Chile realizado por el Grupo de Trabajo del EPU entrega una visión bastante completa de la situación de derechos humanos y recoge las recomendaciones de los órganos de vigilancia de los tratados ratificados por el país.

77 Al respecto, el INDH si bien recibirá denuncias por parte de las organizaciones registradas, ello no obsta a que se reciban denuncias por parte de otras organizaciones de la sociedad civil.

78 A/HRC/12/10, Op. Cit.

79 A/HRC/WG.6/5/CHL/2, Op. Cit.
A/HRC/WG.6/5/CHL/3, Op. Cit.

80 A/HRC/WG.6/5/CHL/1, Op. Cit.

El Informe Anual 2010 se centrará en las preocupaciones allí contenidas, así como las recomendaciones realizadas por los órganos de tratado, las soluciones amistosas a las que ha llegado el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, evaluando las intenciones y avances.

Los ámbitos de revisión del Informe 2010 son: institucionalidad en derechos humanos; respeto y garantía del principio de igualdad y no discriminación para mujeres, pueblos indígenas, privados/as de libertad, niños y niñas, diversidad sexual y refugiados/as; y, graves violaciones a los derechos humanos.

Como estrategia metodológica, en la revisión se adoptará el camino señalado anteriormente acotándolo a las posibilidades reales de acceso de información que da el corto tiempo de trabajo del Instituto.

En relación a los indicadores se tomarán en cuenta los siguientes:

- Indicadores estructurales: revisión de la legislación existente relativa al reconocimiento de derechos, y de los recursos institucionales para que las personas puedan demandarlos, así como de las normas constitucionales, legales y administrativas relativas a la situación de grupos específicos y de las situaciones graves de violación de derechos humanos incluidos en las preocupaciones y recomendaciones del EPU.
- Indicadores de proceso: los ámbitos de revisión incluirán las políticas y programas institucionales, producción de información, capacidad y comportamiento funcionario y recursos asignados en relación con los grupos específicos antes mencionados.
- Indicadores de resultado: los observables en el período acotado de revisión.

BIBLIOGRAFÍA REFERIDA

Buergenthal, Thomas et al. (1994). Manual de derecho internacional público. Fondo de Cultura Económica, México.

Carrasco Delgado, Sergio (2008). La evolución político-constitucional de Chile. Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2. Universidad de Talca, Chile.

Cazor Kamel, (2007). Constitucionalismo y Umbral Democrático en Chile: Hacia una Nueva Teoría Constitucional. Ius et Praxis, v. 13 nº1. Universidad de Talca, Chile.

Cea Egaña, José Luis (2004). Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías. Ediciones Universidad Católica, Santiago.

Colombo Campbell, Juan (2003). La Justicia Constitucional. Revista de Derecho Vol. XIV. Universidad Austral, Valdivia.

Crawford, James (2004). Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios. Editorial Dykinson, S.L. Madrid.

Faúndez Ledesma, Héctor (2000). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

Medina Quiroga, Cecilia (2003). La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago.

Medina, Cecilia y Nash, Claudio (2007). Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago.

Nash, Claudio (2009). Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago.

Núñez Poblete, Manuel A. (2009). Tratados internacionales sobre integración y derechos humanos frente al ordenamiento jurídico chileno. Estudio sobre su aplicación y principios metodológicos de evaluación, ejecución y seguimiento. Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago.

Peces-Barba, Gregorio (1999). Curso de derechos fundamentales. Teoría General. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid.

Prieto Sanchis, Luis (2000). Notas sobre el origen y evolución de los derechos humanos. En: Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho. López Gracia, José Antonio y Del Real, J. Alberto, (eds.). Universidad de Jaén, Madrid.

Sarmiento, Claudia (2010). La promesa de una vida digna: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay". Revista de Derecho (en prensa). Universidad Católica Raúl Silva Henríquez, Santiago.

Silva Bascuñán, Alejandro (1997). Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.

Squella, Agustín (2000). Introducción al Derecho. Ed. Jurídica de Chile, Santiago.

Valcárcel, Amelia (2001). La memoria colectiva y los retos del feminismo. Serie Mujer y Desarrollo. N° 31. CEPAL, Unidad Mujer y Desarrollo, Santiago.

Zalaquett, José (2010). Los fundamentos de los derechos humanos, su evolución y los desafíos actuales. Pontificia Universidad Católica, (en prensa), Santiago.

2ª PARTE



1

INSTITUCIONALIDAD EN DERECHOS HUMANOS



INSTITUCIONALIDAD EN DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

1

El principal avance en la institucionalidad en derechos humanos es la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, órgano independiente, autónomo y estable, encargado de velar por la promoción y protección de los derechos humanos de quienes habitan en Chile. Destaca también la inauguración del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, que pasa a formar parte del patrimonio de la sociedad y contribuye a garantizar que los hechos ocurridos en el pasado no se vuelvan a repetir.

Con anterioridad a este hito, el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial han jugado un rol importante en la representación de familiares de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y de personas afectadas en sus derechos fundamentales, respectivamente.

Para continuar en el desarrollo de una institucionalidad permanente es necesario crear la figura del Defensor del Pueblo u ombudsman, ratificar los tratados internacionales que otorguen un campo mayor de protección a las personas, establecer el Mecanismo Nacional de Protección contra la Tortura, y fortalecer las acciones judiciales tutelares de derechos fundamentales.

Para el INDH el fortalecimiento de una red institucionalizada en derechos humanos basada en los Principios de París, debe ser una tarea fundamental para el Estado en pos de configurar un sistema que proteja eficazmente estos derechos.

INTRODUCCIÓN

La institucionalidad en derechos humanos garantiza que uno o más organismos velen por el respeto a los derechos humanos y protejan a las personas frente a actos u omisiones por parte del Estado. Es a través de ella que el Estado ejecuta acciones de promoción, respeto y protección.

El instrumento internacional que señala los estándares que debe cumplir esta institucionalidad es la Declaración de Principios de París; se abordan allí el estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos[1]. Para el cabal cumplimiento de su función requieren, entre otras condiciones: ser competentes en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos; tener un mandato constitucional o legal lo más amplio posible; y, actuar con total independencia de las autoridades estatales.

La institucionalidad en derechos humanos es una garantía para la democracia y la convivencia ciudadana. Permite a la sociedad proyectarse y avanzar hacia formas de buen vivir, y es signo de aprendizaje de la propia historia que es la mejor prevención que tiene una comunidad para evitar que las graves violaciones a los derechos humanos no se repitan. De hecho una de las exigencias de la justicia transicional[2] es "*que parte importante del proceso de reconstrucción política y moral de un país, luego de un período de graves violaciones de los derechos fundamentales, consiste en el fortalecimiento institucional del respectivo sistema jurídico-político, en lo que toca a las garantías democráticas y de vigencia del Estado de derecho, con énfasis en la protección y promoción de los derechos humanos*"[3].

Los órganos que vigilan los tratados de derechos humanos han reiterado al Estado de Chile la necesidad de contar con una institucionalidad en derechos humanos[4]. Con ocasión del Examen Periódico Universal, la recomendación fue nuevamente señalada en términos de: "*acelerar las reformas para establecer cuanto antes, mediante esfuerzos decididos, y por la vía legislativa, una institución nacional de derechos humanos conforme a los Principios de París*"[5]. El Estado se allanó a esta recomendación.

En el transcurso de las dos últimas décadas, el país se dotó de instituciones que han sido claves para avanzar en la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y la reparación de las víctimas que se produjeron entre 1973 y 1990. Sin perjuicio de ello, es con la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos que se adelanta en la cimentación de organismos estables y permanentes. Se trata de un hito histórico inicial en la creación de instituciones capaces de promover y proteger los derechos humanos de las personas.

1 Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 48/134 de 1993.

2 Para el Centro internacional para la Justicia Transicional (CIJT), este concepto se puede definir como "*una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas*". Para más información ver www.ictj.org.

3 Zalaquett (2000).

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1/Add.105, párrafo 31; Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/CHL/CO/3, párrafo 15; Comité de Derechos Humanos CCPR/C/CHL/CO/5, párrafo 6; Comité contra la Tortura, CAT/C/CHL/CO/5, párrafo 16; e Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (Misión a Chile), E/CN.4/2004/80/Add.3, párrafo 80.

5 Consejo de Derechos Humanos, 12º período de sesiones, Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, CHILE, A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párrafo 96, Nº 10.

I. INSTITUCIONALIDAD EN DERECHOS HUMANOS EN CHILE

1. BREVE RESEÑA DE LAS COMISIONES DE VERDAD SOBRE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Con la recuperación de la democracia, el Estado promovió la creación de diversos órganos con el fin de establecer la verdad, reparar a las víctimas, y garantizar la no repetición de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura. Las principales instituciones fueron la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, la Mesa de Diálogo y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura. Del mismo modo, el acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares ha sido un camino mucho más largo, lo que ha requerido del impulso permanente de las organizaciones de derechos humanos, de las propias asociaciones de víctimas y de abogados defensores que han acompañado a las personas afectadas por las graves violaciones a los derechos humanos.

La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig) fue creada en 1990, con el objeto de "*contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los últimos años, sea en el país o en el extranjero, si estas últimas tienen relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional, con el fin de colaborar a la reconciliación de todos los chilenos y sin perjuicio de los procedimientos judiciales a que puedan dar lugar tales hechos*"[6]. La Comisión calificó 2.296 casos de graves violaciones a los derechos humanos: desapariciones de personas detenidas, ejecuciones, torturas con resultado de muerte cometidos por agentes del Estado o personas al servicio de éstos, secuestros y atentados contra la vida de las personas ejecutadas por particulares bajo pretexto político.

A partir de 1992, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación CNRR se encargó de coordinar, ejecutar y promocionar las acciones que dieran cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión Rettig. La CNRR conoció 899 nuevos casos de graves violaciones a los derechos humanos ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990[7]. Así entonces, la Comisión Rettig y la CNRR calificaron en conjunto 3.195 personas detenidas desaparecidas, ejecutadas o torturadas con resultado de muerte.

El Presidente Eduardo Frei, en 1999, conformó una Mesa de Diálogo que recabó información sobre el destino final de 200 detenidos/as desaparecidos/as[8]. Los efectos de esta instancia fueron la designación de jueces con dedicación exclusiva para la investigación y determinación de responsabilidades de casos de graves violaciones a los derechos humanos, y la aceptación por parte del alto mando de las Fuerzas Armadas de las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura.

El año 2003, el entonces Presidente Ricardo Lagos propuso al país la creación de una comisión que investigara los casos de prisión política y tortura por razones políticas ocurridos

6 Decreto Supremo N° 355 de fecha 25 de abril de 1990 que creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, artículo primero. La Comisión funcionó entre el 25 de abril de 1990 y el 8 de febrero de 1991. En su informe recomendó al Presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado, restablecer solemne y expresamente la dignidad de las víctimas que fueron "*acusadas de delitos que nunca les fueron probados y de los cuales nunca tuvieron oportunidad ni medios adecuados para defenderse*" (p. 1256). El Presidente Aylwin, en alocución al país, expresó que "*como Presidente de República, me atrevo a asumir la representación de la nación entera para, en su nombre, pedir perdón a los familiares de las víctimas*" (4 de marzo de 1991).

7 La Corporación, creada por la Ley Nº 19.123, funcionó entre el 8 de febrero de 1992 y el 31 de diciembre de 1996. Sus principales tareas fueron: "*promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar el paradero y las circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas desaparecidas y de aquellas que no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no han sido ubicados*" (artículo 2), y "*formular proposiciones para la consolidación de una cultura de respecto de los derechos humanos en el país*" (artículo 6). La Corporación estableció distintas líneas de acción, entre ellas, programas para la calificación de víctimas; de investigación del destino final de las víctimas; de atención social y legal a los familiares de las víctimas y apoyo a las acciones de reparación; de educación y promoción cultural; de estudios e investigaciones jurídicas; y, de documentación y archivo.

8 La Mesa de Diálogo funcionó entre el 21 de agosto de 1999 y el 13 de junio de 2000, y en ella participaron delegados y delegadas de gobierno, Carabineros y Fuerzas Armadas, entidades éticas y religiosas, abogados/as de derechos humanos y sociedad civil. Parte de la información proporcionada a la Mesa está aún en proceso de verificación.

durante la dictadura, recogiendo así las demandas de las organizaciones de victimas sobrevivientes y organizaciones de la sociedad civil[9]. Nació así la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech), que entre el 13 de noviembre de 2003 y el 1 de junio de 2005 calificó 28.459 víctimas; la nómina "*incluye a todas las personas respecto de las cuales la Comisión ha alcanzado convicción moral del hecho de haber sido detenidas por razones políticas, sin considerar el tiempo que duró su privación de libertad. Así, se han comprendido aquellos casos en que la detención duró desde días hasta aquellos en que duró varios años*"[10].

La entrega de testimonios a la Comisión fue voluntaria, por lo cual se estima que hay aún casos que no han llegado a conocimiento público y ni han sido objeto de reparación. Acogiendo la demanda de la sociedad civil y la recomendación del Comité contra la Tortura[11], en la propia ley que crea el Instituto de Derechos Humanos se dispone la creación de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura. Su objeto es calificar a las personas que entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990:

a. hubiesen sufrido privaciones de libertad y/o tortura por razones políticas;

b. hubieren sido víctimas de desaparición forzada o correspondieren a ejecutados políticos, cuando aparezca comprometida la responsabilidad del Estado por actos de sus agentes o de personas a su servicio;

c. como asimismo, los secuestros y los atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos[12].

9 Discurso del Presidente Ricardo Lagos, *No hay mañana sin ayer*, 12 de agosto de 2003.

10 Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (2005). Nómina de Personas Reconocidas como Víctimas, p. 8. Creada por Decreto Supremo 1.040, la Comisión tuvo como fin "*determinar, de acuerdo a los antecedentes que se presenten, quiénes son las personas que sufrieron privación de libertad y torturas por razones políticas, por actos de agentes del Estado o de personas a su servicio, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990*". Recabó información sobre 33.221 detenciones, de las cuales reconoció 27.255 víctimas. La Comisión concluyó que, en promedio, cada detenido y detenida estuvo aproximadamente 180 días privado/a de libertad.

11 CAT/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 17.

12 Ley Nº 20.405, artículo 3 transitorio. Para más información visitar www.comisionverdad.cl

La Comisión entró en funciones el 17 de febrero del presente año, y dispone de seis meses para recibir los casos y, otros seis meses más para calificarlos y presentar su informe final.

Es un hecho destacable y positivo la conformación de esta Comisión que, en su seno, conjuga los esfuerzos de verdad y reparación de la Comisión Rettig y de la Valech. Al mismo tiempo, los plazos establecidos para su trabajo parecen ser insuficientes frente a la magnitud de personas que han concurrido solicitando reconocimiento y reparación a las graves violaciones de derechos humanos de que fueron objeto. Según información entregada por la Comisión al INDH están en proceso de calificación alrededor de 33.500 testimonios[13], el doble de lo inicialmente proyectado lo que dificulta cumplir a satisfacción con la misión encomendada en el plazo establecido.

2. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

La creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos constituye un hecho histórico en Chile. Las personas que habitan este territorio se han dotado, por primera vez, de un organismo público permanente e independiente que debe velar por el respeto y promoción de sus derechos. El rango, lugar y funciones en el entramado público que la ley le otorga, perfilan su carácter de órgano vigilante de la situación de los derechos humanos en el país. De hecho, el Instituto debe presentar una vez al año al Presidente de la República, a las autoridades máxima de los poderes del Estado y a la ciudadanía un informe evaluativo sobre su promoción y respeto, y recomendar al Estado en su conjunto acciones para garantizar su pleno respeto. El Instituto promueve de esta manera el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en materia de derechos humanos.

Para este mandato, la ley le confiere autonomía institucional, financiera y política.

La autonomía institucional se hila desde distintos puntos. Su condición de "*corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica…*" (artículo 1), que no depende ni está so-

13 Oficio 078 del 17 de noviembre de 2010. Aclara la Comisión que de este total aproximado, 38% de los casos fueron presentados en la Región Metropolitana, 57% de otras regiones y 5% del extranjero.

metida la supervigilancia del Presidente de la República a través de algún Ministerio, es para el Instituto una garantía de independencia[14]. Sus actuaciones están exentas del "*trámite de toma de razón*" por parte de la Contraloría –es decir, no está sujeto a revisión previa– y, como todo órgano público, sus actos son fiscalizados por ésta, lo cual construye autonomía institucional y garantiza transparencia a la ciudadanía, respectivamente.

La personalidad jurídica otorgada por ley significa que su existencia legal y permanencia no puede ser revocada por actos administrativos posteriores, esto es, por voluntad de un gobierno en particular. La estabilidad permite proyectar en el tiempo una gestión institucional sólida, que garantiza a las personas la acción continua e independiente del organismo en la promoción y protección de sus derechos.

El Instituto tiene potestad de autorregulación, es decir, establece su propia organización interna en el marco que le otorga su ley fundacional –autoridades, funciones y atribuciones, personal– con apego a la legislación laboral, y aquella que rige para la alta dirección del Estado en la selección de quienes cumplen funciones directivas. La ley le brinda un amplio rango de facultades, entre ellas, asesorar a los órganos del Estado y requerir información sobre sus acciones, opinar sobre situaciones que promuevan o afecten el ejercicio de los derechos humanos y deducir acciones legales ante los tribunales de justicia. El organismo, por tanto, cuenta con las facultades e instrumentos que permiten una gestión institucional autónoma en el mandato que la ley le confiere.

La autonomía financiera del Instituto tiene fundamento en el patrimonio propio que la ley le confiere, conformado por aportes de la Ley de Presupuestos de la Nación. El organismo forma parte del Presupuesto Nacional con lo cual su disponibilidad presupuestaria no queda sujeta a la voluntad del Ejecutivo. Esta garantía fue reforzada en el actual debate parlamentario sobre el presupuesto cuando la partida que corresponde al organismo dejó de formar parte de los recursos del Ministerio del Interior y fue incluida en aquella del Tesoro Público, donde están ubicadas las asignaciones de otros órganos autónomos del Estado, como el Ministerio Público y la Contraloría General.

Aun cuando la ley establece que el Instituto está facultado para recibir otros ingresos, la principal fuente de recursos para su funcionamiento proviene de las asignaciones que anualmente determine el Ejecutivo. La ley y los Principios de París indican que el Estado debe garantizar recursos que permitan al Instituto cumplir con el mandato que el país le ha dado. La disponibilidad presupuestaria debe ser idónea, a los efectos de contar con un organismo efectivo para la promoción y protección de los derechos humanos. Este es un estándar de cumplimiento de la obligación de promoción y protección que le cabe al Estado, y es una señal de su compromiso con los derechos humanos.

La autonomía política del Instituto tiene sus bases en la procedencia de sus autoridades, en la forma en que se designan y remueven, y en la facultad de relacionarse de manera independiente con los órganos del Estado y la sociedad civil, y con las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. La dirección superior del Instituto corresponde a un Consejo conformado por personas designadas por dos poderes públicos –el ejecutivo y legislativo–, del ámbito universitario y de organizaciones de la sociedad civil, dando lugar a un órgano de carácter plural con equilibrada participación del Estado y la sociedad organizada[15]. Sus autoridades funcionan con independencia del órgano o instancia que las designa, y sólo pueden ser removidas por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con las causales que la ley establece.

La creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos marca un avance en la construcción de una institucionalidad que promueva y proteja estos derechos. No obstante, son necesarios otros organismos públicos que se aboquen a este propósito –como la figura del Defensor del Pueblo– formando una verdadera y completa red institucional de promoción y protección de estos derechos. Señalan los Principios de París que, es deber del Instituto, "*mantener la coordinación con los demás órganos de carácter jurisdiccional*

14 El Instituto no forma parte de lo que la legislación define como Administración del Estado, que está constituida por los ministerios, intendencias, gobernaciones, y los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa.

15 Artículo 6 de la Ley Nº 20.405.

o de otra índole encargados de la promoción y protección de los derechos humanos (en particular, ombudsman, mediadores u otras instituciones similares)"[16].

3. ORGANISMOS GUBERNAMENTALES DE DERECHOS HUMANOS

El Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial y la Comisión Defensora Ciudadana son instituciones creadas por el Estado para fortalecer su acción de protección de los derechos humanos de las personas.

El Programa funciona desde 1997 como Programa Continuidad de CNRR (Ley Nº 19.123). Específicamente, está a cargo de velar por el cumplimiento del derecho inalienable de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de la sociedad en su conjunto de conocer "*la ubicación de las personas detenidas desaparecidas, como igualmente la de los cuerpos de las personas ejecutadas y las circunstancias de dicha desaparición o muerte*"[17]. Funciona bajo una Secretaría Ejecutiva que supervisa tres áreas de operación: jurídica, social y estudios, proyectos y documentación.

En la Ley Nº 20.405 que crea el INDH se fortaleció la acción del Programa facultándolo "*para ejercer todas las acciones legales que sean necesarias, incluidas las de presentar querellas*" (artículo 10 transitorio). Con este acto se elimina la restricción del Decreto Supremo fundacional que le dio mandato para prestar asistencia social y legal, mas no para presentar querellas[18]. Se mantiene, sin embargo, su dependencia orgánica del Ejecutivo y una barrera a su autonomía dado que la facultad de firmar estas resoluciones y otra documentación relacionada continúa radicada en la autoridad gubernamental, específicamente en la Subsecretaría del Interior.

Por su parte, el cierre de la Vicaría de la Solidaridad[19] llevó a que tres instituciones se hicieran cargo de su trabajo. CODEPU se encargó de los casos sobre presos políticos; FASIC de los casos de detenidos desaparecidos y la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial –que surge al amparo de un acuerdo entre el Arzobispado de Santiago y el Ministerio del Interior– de los casos de violencia policial. No mucho tiempo después, esta oficina pasaría a dependencias del Ministerio de Justicia, específicamente a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana. A pesar de su importante rol en la defensa de los derechos humanos de las personas, su dependencia de la repartición gubernamental de justicia le resta autonomía para la presentación de recursos de protección frente a actos arbitrarios o ilegales por parte del Estado. Su competencia territorial está limitada a la Región Metropolitana y, aun aquí, es conocida la precariedad de recursos con la que trabaja: "*las CAJ carecen de una estructura orgánica y presupuestaria suficiente para cumplir con su cometido, lo que atenta, a su vez, contra una adecuada coordinación y uniformidad de prácticas y criterios de trabajo*"[20].

Durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos se creó la Comisión Defensora Ciudadana[21], con el objeto de prestar "*su asesoría para velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas*"[22]. La iniciativa original buscaba constituirse en el primer paso hacia el establecimiento del Defensor del Pueblo; sin embargo, se mantiene dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y no ha habido voluntad política suficiente para crear la figura del Ombudsman acorde a los Principios de París.

16 Principios de París, punto C.6 respecto a Modalidades de Funcionamiento.

17 El artículo primero del Decreto Supremo N° 1005 señala que el Programa "*prestará la asistencia social y legal que requieran a los familiares de las víctimas a que se refiere el artículo 18 de la Ley Nº 19.123, tanto para acceder a los beneficios que ella establece como para hacer efectivo el derecho que reconoce su artículo 6º*".

18 El programa había sido objeto de observación en esta materia. La Universidad Diego Portales en su informe anual de 2008 había señalado que: "*no es el Programa quien interpone las respectivas querellas, sino que son abogados particulares o de instituciones como la CODEPU o la FASIC los que lo hacen. Bajo dicho esquema, presta asistencia legal, haciéndose parte en esos procedimientos a través de la figura civil del tercero coadyuvante*". (UDP; 2008, p. 548).

19 En relación a la labor de la Vicaría de la Solidaridad, se puede señalar que "*en el mes de octubre de 1973, el Cardenal de la Iglesia Católica y Arzobispo de Santiago, Monseñor Raúl Silva Henríquez, constituyó en colaboración con otras iglesias del país el Comité de Cooperación para la Paz en Chile, organismo que tuvo como misión prestar asistencia legal y social a las víctimas de las gravísimas violaciones a los derechos humanos que se produjeron a raíz del Golpe Militar del 11 de septiembre de ese mismo año. Más adelante, el 1º de enero de 1976, se creó la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, institución que vino a reemplazar al Comité antes mencionado y que asumió la continuación de su tarea. La Vicaría de la Solidaridad operó durante todo el régimen militar y concluyó sus actividades el 31 de diciembre de 1992*". En: www.vicariadelasolidaridad.cl

20 UDP (2008, p. 186).

21 Decreto Supremo N° 65 del año 2001.

22 Ibídem, artículo primero.

4. MUSEO DE LA MEMORIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

El 11 de enero de 2010, bajo el gobierno de la Presidenta Bachelet, se inaugura el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, un engranaje más en el complejo proceso de verdad, justicia y reparación en Chile y una deuda pendiente para con el reconocimiento a la dignidad de las víctimas de las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar.

El derecho a conocer la verdad tiene como contrapartida el deber de recordar y de promover la memoria de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en la sociedad. En efecto, la memoria es parte fundamental del patrimonio de una sociedad y contribuye a garantizar que los hechos ocurridos en el pasado y que afectaron a miles de chilenos no se vuelvan a repetir[23]. El Museo de la Memoria se propone "*dar a conocer las violaciones sistemáticas de los derechos humanos por parte del Estado de Chile entre los años 1973 y 1990, para que a través de la reflexión ética sobre la memoria, la solidaridad y la importancia de éstos derechos, se fortalezca la voluntad nacional para que Nunca Más se repitan hechos que afecten la dignidad del ser humano*"[24].

La obligación del Estado de contribuir a la verdad y de promover la memoria tiene una manifestación particular en la preservación de archivos y pruebas que constatan las violaciones a los derechos humanos ocurridas, además de registros fotográficos, videos y audios sobre las víctimas.

Hasta el 26 de octubre el Museo había recibido 90.737 visitas, a pesar de haber tenido que cerrar por casi seis meses como consecuencia del terremoto y del impacto que produjo en su infraestructura. Durante el mismo periodo se han realizado 13.274 visitas guiadas programadas, de las cuales 6.668 corresponden a estudiantes de enseñanza básica y media de colegios y liceos de todo Chile.

La función de custodia y depósito de los antecedentes de las Comisiones de Verdad, hasta ahora radicada en la Subsecretaría del Ministerio del Interior la primera y en el Museo de la Memoria la segunda, es traspasada de acuerdo a la Ley N° 20.405 al Instituto Nacional de Derechos Humanos. Se señala que es función de la entidad: "*Custodiar y guardar en depósito los antecedentes reunidos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, el Programa de Derechos Humanos, creado por el decreto supremo N° 1.005, de 1997, del Ministerio del Interior, todo ello una vez concluidas las funciones de éstos; por la Comisión de Prisión Política y Tortura creada por el decreto supremo N° 1.040, del año 2003, del Ministerio del Interior; y por la Comisión a que se refiere el artículo 3° de las normas transitorias de esta ley, concluidas las funciones de la misma*".

A pesar de la corta existencia del Instituto Nacional de Derechos Humanos se ha solicitado formalmente al Ministerio del Interior el traspaso de la custodia, considerando que el depósito de los antecedentes permanecerá en las bóvedas del Museo de la Memoria, especialmente acondicionadas para la preservación y seguridad de los archivos. Hasta ahora, sin embargo, no se ha concretado el traspaso.

En todo caso, parece adecuado que la custodia y depósito de los antecedentes sobre violaciones a los derechos humanos ocurridas entre 1973 y 1990 queden en manos de organismos independientes y autónomos dedicados a la promoción y protección de los derechos humanos.

23 Consejo de Derechos Humanos, ONU. Resolución 9/11, 24 de septiembre de 2008. A/63/53 Add.1; CIDH, caso Alfonso Chanfeau Orayce y otros Vs Chile, informe 25/98, 7 de abril de 1998; Asamblea General OEA, Resolución 2267 de 2007

24 www.museodelamemoria.cl



II. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

Un elemento fundamental una vez reconocidos normativamente los derechos humanos es contar con acciones judiciales que los cautelen frente a eventuales amenazas o violaciones[25]. La Constitución Política establece principalmente dos recursos: el de protección y el de amparo[26].

La acción o recurso de protección, por su parte, tutela específicamente algunos de los derechos establecidos en el artículo 19 ante una acción u omisión, arbitraria o ilegal. Entre los derechos que protege la acción de protección se encuentra el derecho a la vida e integridad física y psíquica, el derecho a la vida privada, la libertad de culto, a un medio ambiente libre de contaminación, a la libertad de expresión y a la propiedad[27]. En el caso de la acción de amparo, lo que se protege es la libertad personal y la seguridad individual, de manera tal que toda persona que se encuentre privada de libertad con infracción a lo establecido en la Constitución y en las leyes, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones para que su libertad y/o seguridad individual se restablezca.

Respecto de estas acciones, el Estado chileno se comprometió con el EPU a "*fortalecer institucionalmente la protección judicial a fin de garantizar plenamente el ejercicio de los derechos humanos consagrados en la Constitución*"[28].

1. RECURSO DE PROTECCIÓN

Desde su creación, el uso de este recurso ha ido en aumento[29]. Durante el 2008 la Corte Suprema recibió 1.262 apelaciones de acciones de protección y el 2009 un total de 1.756, lo cual implica un aumento del 39.1%[30]. Del mismo modo, las apelaciones por acciones de protección falladas por la Corte Suprema han aumentado: mientras que el 2008 fueron 1.272, el 2009 se fallaron 1.609, lo que registra un incremento del 26.49%[31].

Sin perjuicio de ello, la información contenida en los Anuarios de Justicia y en la Memoria Anual de la Corte Suprema no da cuenta del total de acciones interpuestas en las Cortes de Apelaciones por año, sino sólo de aquellas que fueron apeladas ante la Corte Suprema. Un registro completo de la activación de este recurso, que diera cuenta del número de causas interpuestas, los derechos que se reclaman vulnerados y al menos el sexo, edad, orientación sexual y pertenencia étnica de los y las afectados/as, constituiría un insumo importante para evaluar la eficacia del recurso[32].

Desde la perspectiva de la integralidad de los derechos humanos, la acción de protección merece críticas que apuntan tanto a lo sustantivo como a lo procedimental en su rol de tutela de derechos fundamentales. En relación con lo primero, la protección a los derechos económicos, sociales y culturales DESC es parcial toda vez que se eximen de la acción el derecho a la educación y a la salud –sólo protege el derecho a elegir el sistema de salud–, entre otros. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló a Chile que "*El Estado Parte debería velar por que en la formación judicial se tenga plenamente en cuenta la exigibilidad de los derechos enunciados en el Pacto, y adoptar medidas para que se conozca mejor la posibilidad de invocar sus disposiciones ante los tribunales*"[33]. Esta exclusión obliga a buscar formas indirectas o vía otro derecho que sí se proteje, para lograr algún grado de tutela[34].

25 El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "*toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*".
26 Artículos 21 y 20 de la Constitución Política respectivamente.
27 La relación exhaustiva de los derechos protección por esta acción está contenida en la Parte I de este informe, en la p. 25.
28 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96 nº 5.
29 Para más información ver Gómez (2005, p. 561 y ss.).
30 Corte Suprema, Memoria Anual 2009, p. 43 y ss.
31 Ibídem.
32 Los ingresos a la Corte de Apelaciones son desagregados en materia criminal, civil, familia, laboral, menores, cobranzas, reforma laboral, reforma penal, administrativas y otras, pero no detalla si es amparo o protección.
33 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Finales: Chile, E/C.12/1/Add.105, párrafo 29.
34 Por ejemplo, en casos de aumento unilateral del costo de los planes privados de salud, no se alega el derecho a la salud (porque no está protegido), sino la vulneración del derecho de propiedad sobre el plan de salud originalmente contratado.

La Corte Suprema, por su parte, indica una debilidad adicional: "*la Constitución Política de la República no señaló la forma en que debería tramitarse la acción de protección de garantías constitucionales que consagra en su artículo 20, ni entregó expresamente a la ley su reglamentación*". El Tribunal reguló la tramitación mediante auto acordado (AA)[35], no obstante que por su trascendencia debe ser materia ley, es decir, una disposición "*de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico*"[36]. Sobre el particular se ha señalado que "*en el caso de los Autos Acordados de 1992 y 1998 estamos en el ámbito de una franca vulneración del principio de reserva legal establecido constitucionalmente, el cual ha sido tolerado hasta el momento por los órganos colegisladores, los cuales también son responsables por omisión del cumplimiento de sus obligaciones y, en especial, del cumplimiento de los artículos 1° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos*"[37].

Otra observación a la acción de protección es su falta de diferenciación en el fondo con las acciones del ordenamiento común. El recurso "*fue mal diseñado, pues no se ha logrado clarificar si es un equivalente o sustituto procesal de las acciones que prevé el ordenamiento común legalmente o si es una acción constitucional para la tutela de derechos. Esta indefinición es atribuible a una confusa concepción de quienes la crearon*"[38]. Por lo mismo, "*en realidad, lo único que pareciera diferenciar ambas jurisdicciones es que en la protección se exige una decisión pronta, a la premura, la necesidad de cautelar un derecho preexistente que se ve conculcado*"[39]. En consecuencia, la acción se ha utilizado para definir materias que no son propias de violaciones a derechos humanos: "*se usó para incumplimiento de contratos, titularidad sobre cuentas corrientes, el monto de seguros, los derechos personales surgidos del contrato, el crédito, sobre el cargo, la función, la calidad de estudiante, de socio, al horario y muchas otras*"[40].

El recurso de protección ha sido y es una herramienta útil en la tutela de derechos. Requiere, sin embargo, perfeccionarse para una protección integral y eficaz de los derechos humanos establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política, particularmente de los derechos económicos, sociales y culturales.

2. RECURSO DE AMPARO

La acción de amparo está destinada a proteger la libertad personal y la seguridad individual, sancionando el hecho de ser arrestado/a, detenido/a o preso/a con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, debiendo restablecerse el imperio del derecho[41]. El recurso pretende resguardar como valor jurídico protegido la libertad personal de una persona y/o su seguridad individual. En la práctica esta acción de garantía ha servido para cautelar los derechos de las personas privadas de libertad.

Según información de la Corte Suprema, el 2008 ingresaron 272 amparos y 355 en 2009, lo cual implica un aumento del 28,62%. Asimismo, en el 2008 solo una causa quedó pendiente, mientras que en el 2009, cinco fueron las que quedaron en estado pendiente[42].

Como en el caso del recurso de protección, esta acción se verá fortalecida si su regulación es formulada en sede legal y no mediante un Auto Acordado[43]. Una ley que regule su materia manteniendo los términos del actual Auto Acordado, dotaría de estabilidad y certeza a la acción.

35 Corte Suprema, Auto Acordado de fecha 24 de junio de 1992 que regula la tramitación del Recurso de Protección de garantías individuales. Éste fue modificado en 1998 y 2007; en esta última reforma se aumentó de 15 a 30 días el plazo para interponer la acción. Un Auto Acordado es una norma jurídica dictada por los tribunales superiores de justicia en el ejercicio de sus facultades económicas, para regular ciertas materias que no han sido suficientemente reguladas por la ley o cuya regulación es necesaria para velar por el cumplimiento y el buen funcionamiento del servicio judicial.

36 Constitución Política de la República, artículo 63 Nº 20 que establece las materias de ley.

37 Nogueira, Humberto (1999, p. 174). El Recurso de Protección en Chile. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N°3. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

38 Gómez (2005, p. 43).

39 Ibídem, p. 42.

40 Ibídem.

41 Esta acción fue especialmente comentada por organismos internacionales debido a su ineficacia durante la dictadura militar. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "*entre septiembre de 1973 y diciembre de 1983, el Comité de Cooperación para la Paz en Chile y luego la Vicaría de la Solidaridad asesoraron la interposición de 5.400 recursos de amparo ante las Cortes de Apelaciones de Santiago y Presidente Aguirre Cerda, en favor de personas arrestadas por orden de la autoridad política o que sufrieron perturbaciones en su derecho a la libertad personal. De toda esta cantidad de recursos, los tribunales sólo acogieron 10, en muy pocos de los cuales se logró la libertad del afectado*". Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1, 1985, párrafo 62.

42 Corte Suprema, Memoria Anual 2009, p. 43 y ss.

43 Auto Acordado de 19 de diciembre de 1932 de la Corte Suprema.

3. ACCIÓN DE CAUTELA DE GARANTÍAS

La cautela de garantías, consagrada en el artículo 10 del Código Procesal Penal, forma parte de los principios que este cuerpo legal impone al Juez de Garantía para que, de oficio o a petición de parte, adopte todas las medidas necesarias para que el/la imputado/a pueda ejercer las garantías judiciales que le asisten en cualquier etapa del procedimiento. El Código Procesal Penal agrega que si las medidas adoptadas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del/la imputado/a, el juez debe ordenar la suspensión del procedimiento y citar a los intervinientes a una audiencia para resolver la continuación del procedimiento o decretar el sobreseimiento temporal del mismo (artículo 10 inciso 2°)[44].

Básicamente esta institución del derecho procesal penal fue diseñada para dar plenitud a la garantía de un justo y racional procedimiento cuando el/la imputado/a no se encuentre en condiciones de ejercer sus derechos de manera adecuada. Llevar a cabo un proceso en su contra en esas condiciones sería contrario al derecho interno y por cierto a las normas internacionales, fundamentalmente las contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y las del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

44 López y Horvitz (2004)

III. MATERIAS PENDIENTES EN INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS

1. TRATADOS INTERNACIONALES PENDIENTES DE RATIFICACIÓN, SOLUCIONES AMISTOSAS E INFORMES DE FONDO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CONTRA EL ESTADO DE CHILE

1.1 Tratados internacionales pendientes de ratificación

Como se ha señalado anteriormente, fuente principal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son los tratados internacionales, ya que son los propios Estados quienes libre y voluntariamente adhieren a documentos multilaterales que establecen derechos para las personas y obligaciones para el Estado. De ahí la importancia que un Estado no solo firme un tratado internacional, sino que realice todo trámite necesario para que este documento esté vigente en su territorio y así, hacer del tratado un mandato exigible por parte de las personas hacia sus autoridades.

El Estado de Chile, desde la recuperación de la democracia, ha ratificado diversos tratados internacionales sobre derechos humanos. En el último año, entraron en vigencia dos tratados que habían sido reclamados por la sociedad civil: el Convenio 169 de la OIT y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

No obstante lo anterior, hay tratados internacionales cuya ratificación está aún pendiente por parte del Estado chileno y cuyo contenido es esencial para una mayor protección de los derechos humanos. En materia de mujeres, está pendiente la ratificación del Protocolo Opcional de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento cuyo énfasis está en la recomendación a los Estados Partes de adoptar medidas afirmativas para eliminar toda distinción arbitraria o ilegal entre hombres y mujeres, y que en la práctica se traduzca en un inequitativo acceso a las oportunidades.

En cuanto a las personas apátridas, son dos las convenciones que aún no han sido ratificadas por el Estado chileno: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apátrida, los que conforman un marco normativo relevante para todas aquellas personas que carecen de nacionalidad.

Otro de los tratados pendientes es la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. Este tratado es de especial interés en su ratificación, principalmente debido a las graves violaciones ocurridas durante la dictadura y la existencia de Decreto Ley 2191 o "Ley de Amnistía", que deja impunes los delitos de lesa humanidad perpetrados en esa época.

Finalmente, la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de fecha 4 de diciembre de 1989 y que en su artículo 5 señala que "*los Estados Partes no reclutarán, utilizarán, financiarán ni entrenarán mercenarios y prohibirán ese tipo de actividades de conformidad con las disposiciones de la presente Convención*".

1.2 Soluciones amistosas e Informes de Fondo CIDH

En relación a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya sea a través de soluciones amistosas o informes de fondo, el INDH no ha podido acceder a información sobre su nivel de cumplimiento. La información recibida del Ministerio de Relaciones Exteriores es insuficiente al respecto.

1.3 Sentencias de la Corte IDH

En cuatro oportunidades la Corte IDH ha emitido sentencias condenando al Estado de Chile: La Última Tentación de Cristo, Palamara Iribarne, Almonacid Arellano y Claude Reyes. En dos de estos casos el Estado de Chile ha cumplido con las sentencias: la derogación de la censura previa cinematográfica que estaba amparada en la Constitución Política (caso La Última Tentación de Cristo); y la creación de una

legislación especial en torno al acceso a la información pública (caso Claude Reyes).

En las otras dos sentencias, el Estado de Chile aún no cumple con sus obligaciones. En el caso de Palamara Iribarne, una de las principales recomendaciones de la Corte IDH fue la reformulación de la Justicia Militar de manera tal que bajo ningún concepto se someta a civiles a esta jurisdicción, cuestión que hasta hoy sigue rigiendo. Por otra parte, la sentencia del caso Almonacid Arellano establece la necesidad de derogar el Decreto Ley Nº 2191, conocido como Ley de Amnistía, por producir un estado de impunidad al no sancionar a los responsables por graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura. Esta normativa sigue vigente en el país.

2. DEFENSORÍA DEL PUEBLO

De las observaciones planteadas por el Grupo de Trabajo del EPU al Estado de Chile, destacan en materia de institucionalidad de los derechos humanos aquellas referidas a la necesidad de establecer un Instituto Nacional (cuestión que ya se materializó), y aprobar la creación de la Defensoría del Pueblo u Ombudsman. La recomendación al país fue: "*velar por la pronta aprobación de los proyectos de ley sobre el establecimiento de una institución nacional de derechos humanos y la Defensoría de las Personas*"[45].

La labor a cumplir por el Defensor del Pueblo es la de "*promover los derechos fundamentales que dicen relación con la dignidad del ser humano, su sistema de tutela y garantías; como asimismo propiciar la profundización y perfeccionamiento de la democracia en sus aspectos políticos, sociales y económicos*"[46]. En distintos momentos, en los últimos 20 años, se ha intentado crear esta figura sin que hasta ahora se hayan obtenidos resultados positivos; los proyectos de ley no han tenido una buena recepción en el poder legislativo, lo cual ha obligado a presentar modificaciones e incluso, a retirarlos de la discusión[47].

Con todo, el proyecto fue nuevamente presentado en diciembre de 2008 y hoy se encuentra en segundo trámite constitucional. Se argumenta allí que el organismo estaría abocado a "*proteger debidamente a las personas de los abusos cometidos por la autoridad, así como también de cometidos por los particulares, y contribuir al desarrollo integral de la persona*"[48]. El mensaje recalca que "*constituye un medio de control externo, más autónomo e independiente que el control administrativo jerárquico, lo que puede contribuir a su eficiencia y eficacia*"[49].

Específicamente, el proyecto contempla modificar la Constitución Política incorporando un acápite especial para la Defensoría de las Personas, la cual se define como "*un organismo autónomo, con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio (que) tendrá a su cargo la promoción y resguardo de los derechos y garantías asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y en las leyes,*

45 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, Nº 11.

46 Capítulo Chileno del Ombudsman (1989). Defensor del Pueblo, Año V, N° 6.

47 El proceso queda fielmente reflejado en el mensaje presentado por la entonces Presidenta Michelle Bachelet cuando ingresó en diciembre de 2008, un nuevo proyecto de Ombudsman al Congreso: "*En un comienzo, durante el gobierno de Patricio Aylwin, se configuró como un "Defensor del Pueblo". Luego, en el gobierno de Eduardo Frei, se redefinió como una "Defensoría Nacional del Usuario" (…) Dicho proyecto no contó con el apoyo necesario y la idea debió ser reformulada el año 2000, durante el gobierno de Ricardo Lagos, ahora con la forma de reforma constitucional, configurándose como "Defensor Ciudadano" (…) Dicho proyecto de reforma constitucional fue retirado del Senado, Cámara en la cual se encontraba (…) Por ello, fue reingresado en el año 2003 a la Cámara de Diputados. Fue reformulado en el año 2007 (…) bajo la configuración de "Defensor de las Personas", recogiendo con ello importantes observaciones referidas a la configuración del órgano. Sin embargo, pese a haberse logrado significativos consensos sobre el proyecto, por un escaso margen de votos, la discusión en la Sala no logró pasar la valla de aprobación*". Mensaje Presidencial Nº 1148-356, que plantea un proyecto de reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas, p. 1. Para más información ver Boletín Nº 6232-07 en www.camara.cl.

48 Mensaje Presidencial Nº 1148-356, p. 3.

49 Ibídem, p. 6.

ante los actos u omisiones de los órganos de la administración del Estado y de personas jurídicas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública"[50]. Esta definición incorpora estándares establecidos por los Principios de París, entre ellos, el carácter de organismo autónomo y con patrimonio propio que otorgan independencia y estabilidad a esta institución, en un escenario lejano de los poderes del Estado[51]. Junto con lo anterior, es destacable que el marco de los derechos a proteger no se agota en los establecidos en la Constitución Política, sino que incluye también aquellos contenidos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, ampliando el campo de protección.

El proyecto de ley también protege al Defensor/a en el ejercicio de sus funciones, ya que "*gozará de inamovilidad en su cargo, será inviolable por las opiniones que exprese en el ejercicio del mismo y en las presentaciones judiciales correspondientes*"[52]. Con ello se fortalece el desempeño de sus funciones, sin temor a que su actividad fiscalizadora sea objeto de acciones judiciales.

3. MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA (MNP)

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas[53], señala que cada Estado Parte "*establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en adelante denominado el mecanismo nacional de prevención)*"[54]. El MNP tendrá como función fiscalizar la situación de las personas privadas de libertad, hacer recomendaciones sobre la materia a las autoridades gubernamentales, y proponer modificaciones legales al ordenamiento jurídico con el objeto de mejorar las condiciones y el trato a las personas privadas de libertad.

El Consejo de Derechos Humanos en el EPU recomendó al Estado chileno constituir el MNP; éste concilió en "*adoptar medidas apropiadas para prevenir la tortura y asegurar la investigación debida e independiente de todas las denuncias de tortura*"[55]. En virtud de los deberes internacionales en materia de derechos humanos que cada Estado Parte adquiere al ratificar un tratado internacional, la constitución del MNP es una medida apropiada para prevenir la tortura, y una prioridad para el Estado chileno.

El artículo 17 del Protocolo exige que "*Cada Estado Parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Protocolo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones*". Con todo, el artículo 24 del Protocolo establece la posibilidad que el Estado Parte prorrogue tal plazo hasta por cinco años más[56].

Desde febrero de 2009 está vigente el Protocolo en Chile, sin que hasta la fecha se haya cumplido con el estándar que establece este instrumento, es decir, contar con un mecanismo independiente de prevención de la tortura. En el gobierno anterior, y a través de Comunicación enviada al Subcomité para la Prevención de la Tortura[57], el Estado señaló que el MNP sería incorporado al INDH cuestión que ocurrió tangencialmente puesto que las atribuciones

50 Ibídem, propuesta de artículo 54 bis.

51 Esto también ha sido recalado por el Capítulo Chileno del Ombudsman, para quienes la Defensoría debe ser un "*órgano constitucional autónomo, con patrimonio y personalidad jurídica propios, independiente de toda autoridad*". Ver: Capítulo Chileno del Ombudsman, Ocho puntos de propuestas y debate: para un proyecto legislativo sobre la Defensoría del Pueblo, punto primero sobre Naturaleza y Nombre de la Institución. Disponible en www.ombudsman.cl

52 Mensaje Presidencial Nº 1148-356, Op. Cit., propuesta de artículo 54, inciso tercero.

53 Tal Protocolo entró en vigencia en Chile con fecha 12 de febrero de 2009.

54 Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, artículo 3.

55 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, Nº 33.

56 Señala el artículo 24.2 que "*este aplazamiento tendrá validez por un período máximo de tres años. Una vez que el Estado Parte haga las presentaciones del caso y previa consulta con el Subcomité para la Prevención, el Comité contra la Tortura podrá prorrogar este período por otros dos años*".

57 Misión Permanente de Chile ante Organizaciones Internacionales, Comunicación 4/65 de fecha 28 de diciembre de 2009, dirigida a Patrice Gillibert, Secretario Subcomité para la Prevención de la Tortura.

del organismo en esta materia son menores que las que debiera tener el MNP. Este mecanismo de acuerdo al protocolo debiera ser creado explícitamente por ley, cuestión que sin embargo no hace parte de la agenda de derechos humanos del actual gobierno.

4. PROYECTO DE LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y LA ACCIÓN JUDICIAL ESPECIAL

La Constitución Política consagra en diferentes normas el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación[58]. Sin embargo, el Estado no se ha dotado de una ley especial que establezca en forma concreta cómo este derecho se inserta dentro del mandato de sus órganos y en las relaciones entre particulares. Desde marzo de 2005 se discute en el Congreso el proyecto de ley que "*Establece Medidas contra la Discriminación*"[59]; en el debate parlamentario, el proyecto ha sufrido modificaciones sustantivas que afectan al objeto de la ley, la definición de discriminación, la disposición de acciones afirmativas y las acciones judiciales para la proteccion del derecho.

Al efecto, el proyecto original establecía que la ley tenía por objeto "*prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona*"; el artículo fue modificado por la Comisión de Derechos Humanos del Senado limitando su propósito a "*prevenir y tender a la eliminación de toda discriminación arbitraria*". Esta nueva formulación –tender a la no discriminación– convierte una obligación de cumplimiento inmediato en una de tipo progresivo, con lo cual se afecta la protección del derecho. El estándar internacional establece cumplimiento inmediato de la obligación de no discriminar, que no puede ser restringida o supeditada a la existencia o inexistencia de circunstancia alguna[60].

El debate parlamentario retrocede también al eliminar la acción judicial especial de discriminación. El proyecto original incluía esta acción con el objeto de "*asegurar la materialización del mandato de no discriminar*"[61]. Esta inclusión fue saludada por organizaciones de la sociedad civil: "*su establecimiento representa uno de los mayores aportes del proyecto de ley, por cuanto el recurso de protección, al igual que otras acciones judiciales, ha sido manifiestamente ineficaz para resolver situaciones de discriminación en el país*"[62].

Las razones esgrimidas para eliminar la acción especial de no discriminación es que ésta puede ser absorbida por el recurso de protección[63]. La Corte Suprema en los oficios remitidos al Senado se ha declarado en contra de su creación: "*este Tribunal es de opinión que el derecho a la no discriminación está suficientemente abordado, regulado y cautelado*

58 Constitución Política de la República, artículo 1, artículo 19 N°s 2, 3, 16 y 22.

59 Boletín Legislativo Nº 3815-07. Luego de su presentación en el año 2005, y después de seis meses de discusión, la Cámara de Diputados despachó el proyecto de ley al Senado para su segundo trámite legislativo. La iniciativa ha sido objeto de discusión y revisión en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y posteriormente en la Comisión de Constitución. Permanece allí desde octubre de 2008, y a pesar de que el proyecto ha tenido carácter urgente en varias ocasiones –la última en abril de 2009– sigue sin avanzar.

60 El proyecto original conceptualizaba la discriminación como "*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia arbitraria, por acción o por omisión, basada en la raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política o de otra índole, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquiera otra condición social o individual*". A partir de varias indicaciones, la definición se ha modificado a: "*se entenderá por acto o conducta de discriminación arbitraria toda forma injustificada de distinción, exclusión, restricción o preferencia, cometida por agentes del Estado o particulares, que prive, perturbe o amenace el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Política de la República, en la ley, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando aquellas se encuentren fundadas en motivos de raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, lugar de residencia, idioma, ideología u opinión política, sindicación o participación en asociaciones gremiales, sexo, género, orientación sexual, estado civil, edad, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad*". Boletín de indicaciones al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, 13 de octubre de 2008.

61 Mensaje Presidencial 315-352 que establece medidas contra la discriminación de fecha 14 de marzo de 2005, p.7.

62 Corporación Humanas (2009, p. 124-125).

63 Boletín de indicaciones al proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Op. Cit.

en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo"[64].

Parte de la obligación del Estado de contar con mecanismos eficaces y oportunos para la protección de los derechos humanos conlleva revisar constante y diligentemente las acciones judiciales concebidas a este propósito, de manera tal que no pierdan su eficacia con el paso del tiempo y, de igual modo, respondan a las afectaciones a los derechos antes no identificadas u ocultas y que la dinámica social y política va develando. Sobre este principio o estándar, el Estado puede perfeccionar las acciones existentes (amparo y protección) y/o crear nuevas acciones tutelares que amplíen el ámbito de protección.

Tal como se constató anteriormente, la acción de protección en el caso chileno tiene deficiencias en su tutela a los derechos fundamentales, por lo que el Estado puede tanto corregir esta acción para fortalecerla, como también establecer acciones especiales que otorguen una mayor garantía a los derechos humanos, sin que estas se transformen en la práctica en un obstáculo para la presentación de las otras acciones.

En dinámicas sociales donde emergen constantemente situaciones de discriminación es recomendable involucrar al poder legislativo en la definición de los ámbitos y categorías en que estas se producen, evitando con ello dejar únicamente en el poder judicial el discernimiento de tales situaciones.

64 Oficio de la Corte Suprema N° 58 de 3 de mayo de 2005.

1

BIBLIOGRAFÍA REFERIDA

Corporación Humanas (2009). Observatorio Parlamentario, gestión 2006-2009. Santiago.

Gómez, Gastón (2005). Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Ediciones UDP, Santiago.

López, Julian y Horvitz, María Inés (2004). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Edit. Jurídica de Chile.

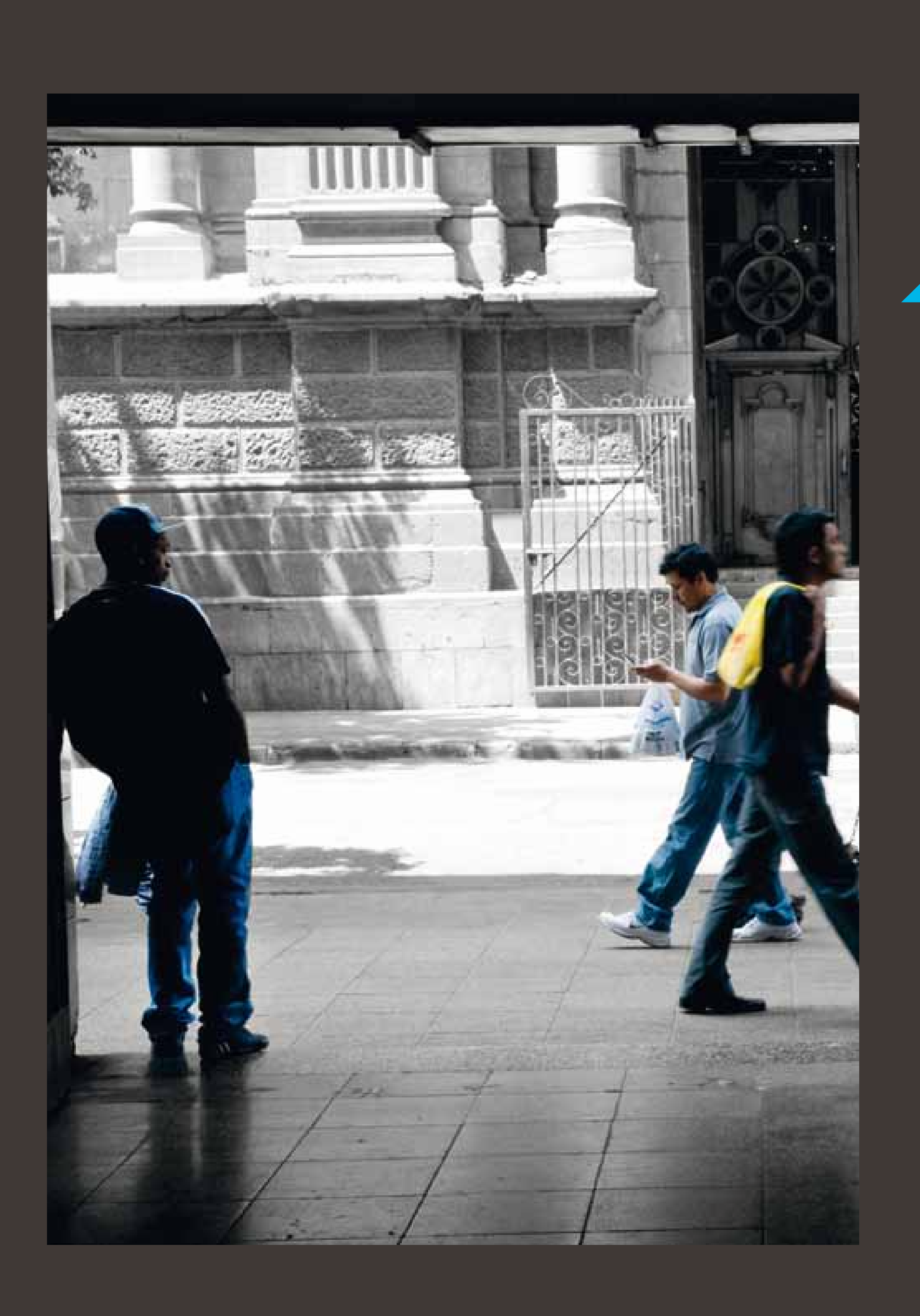
Nogueira, Humberto (1999). El Recurso de Protección en Chile. Anuario Iberoamericano de Jusiticia Constitucional, N°3. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (2008). Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. UDP, Santiago.

Zalaquett, José (2000). La Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos y el proceso de transición política en Chile. Estudios Públicos N° 79. Centro de Estudios Públicos, Santiago.

2

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN



2

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

INTRODUCCIÓN

La diversidad es parte esencial de la condición humana en la medida que todos los seres humanos son únicos y, por tanto, diferentes entre sí. Estas diferencias se inscriben en un complejo mecanismo de elaboración social que define cuáles son significativas socialmente y cuáles no. A partir de elementos adscritos irreductibles, como la raza y la etnia, y de otras diferencias que si bien no son inamovibles son difícilmente modificables –como la condición social y la nacionalidad–, las sociedades construyen y reproducen sistemas de convivencia basados en jerarquías y órdenes sociales a partir de los cuales se distribuyen los bienes sociales.

La igualdad, en cambio, es una construcción conceptual; un parámetro ético, político y jurídico que concreta o materializa una noción de justicia social entendida como "*la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social*"[1]. La igualdad es el horizonte normativo en el que se han movido nuestras sociedades políticas, y una guía para los Estados en términos de cómo se manejan las diferencias o distinciones en sus sociedades de manera que no se conviertan en privilegios.

La igualdad ha sido un concepto en continuo desarrollo. En un primer momento, se trató de una igualdad formal, es decir, "*conferir un estatuto jurídico que se traduzca en una igualdad de trato de las personas en el derecho y ante el derecho. El principio de igualdad exige tratar a las personas como iguales (…) esto es, con igual consideración y respeto*"[2]. Esta aproximación tuvo gran importancia en la universalización de los derechos civiles y políticos, por ejemplo, al otorgar a todas las personas el derecho a sufragio sin importar su condición social, económica o política. El mecanismo privilegiado de esta igualdad ha sido la equiparación: "A *partir de esta categoría, se puede comprender que el principio de igualdad exigirá en ciertos casos obviar ciertas diferencias fácticas y equiparar personas y/o situaciones distintas, con el objetivo de otorgar una igualdad de trato (Igualdad por Equiparación)*"[3].

No obstante lo anterior, la transformación de las sociedades y el propio desarrollo de los derechos humanos han mostrado los límites de la igualdad formal para dar un trato igualitario. Se ha requerido de una igualdad sustancial, de facto o positiva, que excede el espacio de la generación de normas y que pone su acento en la redistribución de recursos y poder[4]. Para dar trato igualitario *"puede ser necesario para el derecho tener en cuenta las diferencias que existen*

1 Rawls (2010, p. 20).

2 Figueroa (2000, p. 7).

3 Ibídem, p. 8. El autor señala como ejemplo que ricos y pobres son diferentes y la forma de igualar el trato ha sido que mediante la equiparación, ambos tiene derecho a voto.

4 Comité de la CEDAW, Recomendación General No. 25.

entre la gente y consecuentemente abandonar la igualdad legal formal"[5]. Es lo que ha sucedido con los pueblos indígenas y las mujeres, quienes a pesar de gozar de una igualdad política no tienen acceso a las mismas oportunidades que el resto de la sociedad.

La igualdad sustantiva da lugar a las acciones afirmativas, es decir, "*políticas inclusivas, que pueden ser entendidas como formas de universalización de los derechos civiles, políticos y sociales tuvieron su máxima expresión en el ámbito de los Estados nacionales, asociadas al desarrollo político y jurídico de una ciudadanía moderna. Su meta es el combate a todas las formas de discriminación que impiden alcanzar una mayor igualdad de oportunidades. Estas políticas se asocian a los conceptos de igualdad y universalización, promoviendo la reducción de la desigualdad social. En lo concerniente al derecho a la diferencia (donde se entremezclan el género, la etnia y el origen social), las políticas inclusivas asumen un carácter focalizado*"[6].

En efecto, tratar de manera igualitaria a quienes no lo son puede traer como consecuencia la discriminación. A la vez, resulta insuficiente que las leyes reconozcan que todas las personas son iguales; se requiere, además, de acciones concretas de parte del Estado que se encaminen a lograr la igualdad sustantiva. Estas acciones o medidas pueden suponer tratar en forma distinta a quienes se encuentren en situaciones de desventaja. Es decir, la igualdad debe perseguir modificar los sistemas sociales que mantienen la discriminación y desigualdad. Para alcanzar este objetivo debe procurarse, tanto de parte del Estado como la sociedad, una redistribución de elementos como los recursos económicos, el poder político y el conocimiento, entre otros, que constituyen fuentes de creación o mantención de las inequidades sociales.

Los Estados deben propender hacia la igualdad a través de medidas efectivas e impedir todo acto de discriminación, esto es, prohibir toda diferenciación basada en fundamentos arbitrarios o absurdos que afecten el acceso al goce y ejercicio de derechos.

En el derecho internacional de los derechos humanos la prohibición de discriminación es una piedra angular y ha sido reconocida como una norma de jus cogens[7]. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principales tratados internacionales de derechos humanos consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el respeto y garantía de los derechos humanos. Los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional si no cumplen con su obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.

A pesar de la formulación general de los derechos, en la práctica los órganos de control de los tratados no solían relevar las situaciones de discriminación que afectaban a extensos colectivos de personas, como las mujeres, los indígenas o los trabajadores/as migrantes y sus familias. Fue necesario contar con tratados internacionales que definieran la discriminación, la prohibieran y reconocieran derechos para los colectivos discriminados[8]. Este proceso fue el resultado de las reivindicaciones de los y las propios/as sujetos. Así, desde la práctica social se empuja la universalización de los derechos humanos, desde el pleno respeto a la dignidad humana en todas las formas que esta se exprese.

Discriminación es, en el campo de los derechos humanos, toda distinción, exclusión o restricción basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual e identidad de género, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, impedimento físico o discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra

5 Olsen (2009, p. 491).
6 Seoane (2006, p. 49).

7 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A Nº. 18.
8 En esta evolución se ubica la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención sobre los Derechos del Niño (1984), Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

esfera[9]. El Estado para invocar estas u otras categorías tiene que contar con una justificación objetiva y razonable que permita calificar dicha distinción como legítima y no como discriminatoria.

La discriminación es el producto de una intencionalidad que se manifiesta en la voluntad explícita de los órganos del Estado, o es el resultado de la adopción o aplicación de una medida a una realidad determinada, pero que no tiene en su origen la intención de producirla. En la actualidad, esta última suele ser la que se presenta con mayor frecuencia.

La obligación de poner en un pie de igualdad a quienes se encuentran en desventaja demanda de los Estados adoptar medidas que reconozcan las situaciones particulares en las que se encuentran personas y grupos. Estas acciones son permanentes en el tiempo de manera de asegurar el pleno goce, sin discriminación, de los derechos humanos y en particular del propio derecho a la igualdad.

Los Estados cuentan además de las acciones permanentes, con "*medidas especiales de carácter temporal" o "acciones afirmativas*"[10] destinadas a realizar un trato diferenciado para superar la situación de discriminación en la que se encuentra determinado grupo de personas. Son medidas esencialmente temporales, pues se adoptan y mantienen mientras subsistan las inequidades que las motivaron. Abarcan una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de orden legislativo o reglamentario, de recursos, de contratación, trato preferencial y sistema de cuotas, entre otras.

La igualdad y la prohibición de discriminación son elementos de la esencia de las Constituciones Políticas en las sociedades modernas. En Chile, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación ha tenido un lugar central desde los inicios de la república. En 1811 se dictó la denominada "libertad de vientre" y el 24 de julio de 1823 se abolió la esclavitud. La actual Constitución Política, en su primer artículo, indica que "*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*". Más adelante, el texto constitucional indica que ésta asegura: "*La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*"; y, "*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (…)*" (artículo 19, Nº 2 y 3 respectivamente).

No obstante que el derecho a la igualdad está consagrado tanto en la Constitución como en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, la aplicación de estos preceptos no ha sido un tema pacífico en la sociedad chilena, a pesar de su carácter vinculante. Los proyectos de ley actualmente en debate ante el Congreso no necesariamente recogen los estándares internacionales e interamericanos sobre no discriminación, a pesar que las principales recomendaciones planteadas por el Grupo de Trabajo del EPU a Chile dicen relación con situaciones de discriminación largamente extendidas.

9 Esta definición encuentra su antecedente en artículos de las Convenciones citadas supra, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10 El artículo 4 de CEDAW regula estas medidas indicando que: "*La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria*".



M U J E R E S

Los derechos humanos de las mujeres han sido preocupación del Estado, y en consecuencia en las últimas décadas se ha reformado la legislación, promulgado leyes e implementado políticas públicas dirigidas a garantizar el pleno ejercicio de titularidades. Las más recientes se han encaminado a cerrar la brecha salarial entre hombres y mujeres, y a sancionar el femicidio. Los avances reportados se han debido, en gran parte, a la movilización de las organizaciones de mujeres que han demandado ante los poderes del Estado y activado los mecanismos internacionales de protección de sus derechos, cuando así se ha requerido.

Al mismo tiempo se mantienen los obstáculos que discriminan a las mujeres en el mercado laboral y en la participación política. Respecto del primero, el país sigue mostrando índices bajos en relación al contexto regional, a lo que se agrega que un porcentaje importante de la vinculación laboral de las mujeres se produce en el trabajo informal, precario y mal remunerado. Las dificultades para aumentar los índices de participación también se ligan a aspectos culturales, en particular, que el trabajo reproductivo y de cuidado de la familia sigue siendo responsabilidad principal de las mujeres. En relación a la participación política, Chile no ha adoptado medidas para hacer efectiva la representación equilibrada de hombres y mujeres en la política. La experiencia de los países de la región es contundente en tal sentido: aquellos que han concretado la voluntad política en normas y medidas de política pública, el número de mujeres candidatas y elegidas ha crecido de manera sustancial.

Respecto de la violencia contra las mujeres, el Estado aún no produce información y estadísticas que permitan conocer la magnitud del problema del país –de hecho los femicidios se contabilizan a partir de información de prensa–, y las medidas de protección han resultado insuficientes para proteger su integridad física y su vida. En relación a los derechos sexuales y reproductivos, persisten normas y políticas que no cumplen con los estándares con los cuales el país se ha comprometido y que se expresan en las dificultades de las mujeres para decidir autónomamente sobre la sexualidad y la reproducción, el acceso a anticonceptivos y anticoncepción de emergencia, y los altos índices de embarazo adolescente.

El Estado de Chile, a pesar de sus avances, aún no cumple con los estándares fijados por los tratados internacionales y la propia Constitución sobre igualdad y no discriminación. El camino recorrido hasta ahora debe dar pie para abordar los aspectos estructurales que reproducen en la legislación, la política pública y también en la cultura el lugar de subordinación de las mujeres.

I. DERECHOS DE LAS MUJERES COMO DERECHOS HUMANOS

1. OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Los derechos humanos son universales, sin embargo, a lo largo de la historia las mujeres no siempre fueron consideradas como sus titulares. Las primeras Constituciones Políticas no les reconocían la posibilidad de votar y ser elegidas, y la legislación civil y penal limitaba significativamente su autonomía. Un problema similar presentaba el derecho internacional de los derechos humanos; si bien las normas no establecían diferencias entre hombres y mujeres, en la práctica los órganos llamados a supervisar las obligaciones de los Estados no identificaban ciertas conductas que lesionaban los derechos humanos de las mujeres como violaciones a sus derechos[11].

La movilización de las mujeres ha logrado que la comunidad internacional adopte tratados específicos a sus derechos; los tratados generales se lean desde su realidad y particular situación de discriminación; y, los Estados promulguen leyes y deroguen normas en la perspectiva de garantizar igualdad y no discriminación para ellas. A nivel universal, en 1979 se adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las For-

11 Charlesworth (1997, p. 55-80).

mas de Discriminación contra la Mujer CEDAW[12], y en el plano regional, en 1994, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

Hoy, muchas situaciones que en el pasado no eran consideradas como violaciones a los derechos humanos de las mujeres, y menos aún un problema del Estado, son ahora parte de la preocupación central de la comunidad internacional.

Aun cuando la situación de las mujeres en el mundo se ha transformado, la evidencia también muestra que la vigencia efectiva de la igualdad y no discriminación para ellas está lejos de ser una realidad. En todos los países del mundo sus derechos se vulneran, su autonomía personal y económica está sujeta a tutelas indebidas, y su participación y acceso a los espacios de poder y de toma de decisiones no cumple con los estándares establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. OBSERVACIONES AL ESTADO DE CHILE

En torno a los derechos humanos de las mujeres, los nudos problemáticos identificados y las observaciones y recomendaciones que el Estado de Chile recibió del Grupo de Trabajo para el Examen Periódico Universal[13] pueden ser agrupadas en autonomía económica, derechos sexuales y reproductivos, participación política y acceso al poder, y violencia contra las mujeres. Como una recomendación transversal se señala al Estado de Chile ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[14].

En relación a la autonomía económica, se recomendó al Estado de Chile formular y aplicar medidas: (i) legislativas y administrativas apropiadas para dar iguales oportunidades de empleo a hombres y mujeres y superar la disparidad salarial; (ii) mejorar la insuficiente representación de mujeres en el mercado del trabajo; (iii) adoptar medidas eficaces para eliminar los numerosos obstáculos que impiden a las mujeres ingresar al mercado laboral; (iv) incorporar en la legislación el principio de "a igual trabajo, igual remuneración" y que existan mecanismos para velar porque éste sea cumplido escrupulosamente por los empleadores[15]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló preocupaciones similares al Estado, a propósito de la presentación del informe de cumplimiento del Pacto en noviembre de 2004[16], como también el Comité de la CEDAW[17] y el Comité de Derechos Humanos[18].

Otro ámbito de preocupación es la mantención del régimen de sociedad conyugal, régimen explícitamente discriminatorio para las mujeres, materia que ha sido observada por el Comité de Derechos Humanos[19], el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[20] y el Comité de la CEDAW[21]. El Estado de Chile tiene pendiente el cumplimiento de una solución amistosa sobre el particular ante la Comisión de Interamericana de Derechos Humanos[22]. Por su parte, la Comisión de Expertos de la OIT desde hace unos años ha solicitado al Estado de Chile "*la modificación del artículo 349 del Código de Comercio que establece que para que una mujer casada que no está bajo el régimen de separación de bienes pueda celebrar un contrato de sociedad, necesita la autorización especial de su marido*"[23].

12 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981. Con anterioridad a esta Convención se habían adoptado otros instrumentos como la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres (1952), la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer Casada (1957) y la Convención sobre el Consentimiento, Edad Mínima y Registro de Matrimonio (1962), entre otros.

13 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12º período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009. II. Conclusiones y recomendaciones, párrafo 18, punto 3.

14 Ibídem, párrafo 25.

15 Consejo Económico y Social. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile. E /C.12/1/Add.105, 26 de noviembre de 2004, párrafo 37.

16 CEDAW. Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. CEDAW/C/CHI/CO/4, párrafo 11.

17 Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del pacto, observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Abril 2007, párrafo 18.

18 Ibídem, párrafo 17.

19 E /C.12/1/Add.105, Op. Cit., párrafos 21 y 45.

20 CEDAW/C/CHI/CO/4, Op. Cit., párrafo 10.

21 Sonia Arce Vs. Estado de Chile. Petición 07/01 del 1 de octubre de 2003. CIDH, Informe de Admisibilidad 51/03.

22 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo Consejo de Derechos Humanos. Doc. No. 62007CHL111 del año 2007, párrafo 2

23 Para revisar el contenido y alcance de los derechos sexuales y reproductivos ver: Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2010); Cook, Dickens y Fathalla (2003); y, Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo, 1994, El Cairo, y su Programa de acción.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos[24], materias de preocupación particular han sido el embarazo adolescente[25] y la ausencia de servicios de salud reproductiva adecuados para esta población[26], los mayores costos asociados a la atención de salud en la etapa reproductiva en el sistema privado[27], y la penalización del aborto en toda circunstancia[28]. Ante el Grupo de Trabajo del EPU, el Estado de Chile aceptó la recomendación de garantizar estos derechos a las mujeres[29], pero no aceptó aquellas referidas al aborto.

En relación a la participación política, el Comité CEDAW ha expresado su preocupación por la escasa representación de mujeres en el Parlamento, los municipios y el servicio exterior, y la necesidad de reformar el sistema electoral binominal, especificando este último que el sistema "*era desfavorable para la representación política de la mujer"* y que debían adoptarse medidas a fin de incrementar la participación de las mujeres en la vida política[30]. El Grupo de Trabajo para el EPU destacó la necesidad que el Estado adoptara normas que garantizaran la igualdad entre hombres y mujeres[31].

La violencia contra las mujeres ha sido una preocupación constante de parte de los órganos internacionales. Al respecto, el Grupo de Trabajo para el EPU indicó que era necesario mejorar la situación de la mujer y aplicar disposiciones legislativas específicas sobre la violencia contra ellas. Particularmente, exhortó al Estado chileno a aprobar y aplicar "*leyes eficaces para prevenir y eliminar la discriminación contra la mujer y combatir la violencia doméstica*"; "*hacer nuevos esfuerzos y fijar metas específicas para reducir el número de casos de violencia doméstica, en particular por medio de mecanismos e instituciones que protejan a la mujer contra este tipo de violencia*", y "*difundir esta legislación entre la ciudadanía; registrar todos los casos de violencia e investigar sin demora todas las denuncias*". Además, indicó que era necesario que el Estado cooperara con las organizaciones no gubernamentales en aras a crear programas de "*formación para los agentes del orden, los jueces y otros sobre la violencia doméstica*" que permitieran que el grave problema de la violencia doméstica se visibilizara y se resolviera por los órganos judiciales[32].

24 Esta preocupación ha sido formulada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el Comité de la CEDAW, citados supra, y por el Comité de la Convención de los Derechos del Niño, documento CRC/C/CHL/CO/3 del 23 de abril de2007.

25 Preocupación del Comité de la Convención de los Derechos del Niño, citado supra.

26 Preocupación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citado supra.

27 Preocupación señalada por todos los Comités referidos previamente, a los que se agregan el Comité de Derechos Humanos –documento CCPR/C/CHL/CO/5, del 17 de abril de 2007– y el Comité de la Convención contra la Tortura, documento CAT/C/CR/32/5 del 14 de junio de 2004.

28 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96 Nº 22.

29 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96 Nº 14.

30 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96 Nº 21.

31 Ibídem, párrafo 96, Nº 23.

32 Ibídem, párrafo 96 Nº 24

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

1. AUTONOMÍA ECONÓMICA

La autonomía económica es un requisito indispensable para el pleno goce de derechos. Al efecto, el Servicio Nacional de la Mujer SERNAM ha reconocido que "l*as mujeres corren mayor peligro de caer en situaciones de pobreza, porque se valora menos su trabajo, tienen menos relaciones sociales y suelen depender de otros para su subsistencia*"[33]. Según el Informe de Desarrollo Humano sobre Chile del PNUD, un 92% de los hombres tiene una inserción laboral de tipo permanente, en cambio, del total de las mujeres "*sólo un 32% presenta una inserción laboral de tipo permanente; otro 24% se integra tardíamente, alrededor del 11% se retira transitoriamente en la edad media, otro 10% se retira prematuramente y un 21% no se incorpora en ningún período al mercado laboral. Hay un 2% que no califica en ninguna de las categorías anteriores*"[34].

Como un avance del período destaca la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, sin que el sexo sea un factor de discriminación[35]. A la fecha no se conoce el impacto de la disposición sobre la brecha salarial.

En relación a la tasa de participación laboral de las mujeres, el Consejo Asesor Presidencial sobre Trabajo y Equidad Social constató que "*el aumento del empleo de las mujeres en el primer quintil ha sido en parte empleo formal, pero la mayoría ha sido empleo informal: por cuenta propia o asalariado sin contrato*". Las dificultades en el acceso al empleo son múltiples, y entre otros factores destacan "*aspectos culturales y arreglos domésticos significativos que inciden en la valoración del rol de la madre en la crianza y los quehaceres del hogar, incluso si comparten con sus parejas el rol de proveedores. Otros factores incluyen la presencia de niños y adultos mayores y la dificultad para delegar su cuidado, los bajos sueldos y el costo del transporte. Adicionalmente, el acceso a la información de oportunidades laborales, las distancias físicas y la necesidad del cuidado de la propiedad también afectan la decisión de las mujeres de incorporarse de manera plena al mercado laboral*"[36].

En atención a preocupaciones similares, el Presidente Sebastián Piñera creó la Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad, que en su diagnóstico constató que "*la baja participación laboral afecta más gravemente a las mujeres más vulnerables y menos educadas de nuestro país, cuya participación laboral no supera el 25%. Cerca de 7 de cada 10 mujeres pertenecientes a los niveles socioeconómicos más bajos no perciben ningún tipo de ingreso, lo que les impide aportar económicamente a sus familias, romper círculos de violencia, o salir de la pobreza*". La Comisión funcionó entre mayo y agosto de 2010, con el mandato presidencial de desarrollar "*una propuesta integral en base a la cual modernizar la actual legislación laboral de protección a la maternidad*", orientada a alcanzar tres objetivos: desligar el costo de la maternidad de la contratación de mujeres, permitiendo su real integración al mundo del trabajo remunerado formal; garantizar el mejor cuidado de los/as hijos/as; e incentivar una mayor corresponsabilidad en el cuidado y la crianza para facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país[37].

La Comisión trabajó sobre el presupuesto que "*el trabajo remunerado de la mujer y la maternidad son bienes sociales que interesa promover, sin que uno se convierta en un obstáculo para el otro*". Se apela al hecho que muchas mujeres renuncian a la maternidad para dar prioridad a la vida laboral. Al mismo tiempo, se reconoce que el actual subsidio maternal ampara al 66% de las mujeres vinculadas al mercado labo-

33 SERNAM, Plan de igualdad de oprtunidades PIO 2000-2010
34 PNUD (2010).
35 Ley Nº 20.348 que incorpora al Código del Trabajo el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que ejecuten las mismas labores. Publicada en el Diario Oficial el 19 de junio de 2009.
36 Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad (2008, p. 29, 92 y 93). El 23 de agosto de 2007, la ex Presidenta Michelle Bachelet creó este Consejo que durante ocho meses discutió un conjunto de propuestas para dar respuesta a los desafíos de la política social, el mercado del trabajo y las relaciones laborales.
37 Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad (2010, p. 1 y 3).

ral[38]. A fin de ampliar la cobertura, se sugiere "*extender el subsidio maternal a todas aquellas mujeres que han ejercido alguna actividad laboral acreditada durante un período mínimo en el año anterior a producirse el embarazo*". El beneficio es únicamente para aquellas trabajadoras vinculadas al mercado laboral formal, restricción que se sustenta en el objetivo deseable de una mayor formalización de las relaciones de trabajo. En relación al pre y postnatal, la Comisión se propone varias medidas para flexibilizar sus tiempos, de manera que este último pueda extenderse si la madre lo estima conveniente. Igualmente, sugiere introducir un permiso parental como mecanismo optativo para ampliar el tiempo de permanencia de la madre o el padre con el/la recién nacido/a, una vez terminado el periodo postnatal de la madre[39].

El Ejecutivo ha anunciado que enviará un proyecto de ley al Congreso con el objetivo de modernizar la legislación laboral de protección a la maternidad, sobre la base de las propuestas de la Comisión. En el marco de los objetivos planteados, sería oportuno revisar las medidas sugeridas de manera que éstas no reproduzcan el actual esquema que coloca en la mujer la responsabilidad y los costos asociados a la reproducción. Las organizaciones de mujeres y de trabajadores/as han presentado preocupaciones sobre los efectos que las propuestas de la Comisión pudieran tener sobre derechos adquiridos[40]. De hecho, las medidas reiteran la exclusividad del rol materno durante el postnatal, y solo incorporan al padre a través del permiso parental, de carácter optativo y sujeto a la voluntad materna, reproduciendo la discriminación que afecta a las mujeres en su acceso al trabajo.

38 Ibídem, p. 10. La Comisión hace una relación entre el número de nacimientos (235.365) y el total de subsidios de reposo postnatal (83.997) para el año 2009. En esta relación, el subsidio maternal cubre 35,7% del total de los nacidos ese año. Si la relación se hace con el porcentaje de mujeres en edad fértil en el mercado laboral, la cobertura alcanza el 66%.

39 Ibídem, p. 24. Este permiso podrá ser tomado por la madre o por el padre, alternativamente. La Comisión señala que "*el padre podrá hacer uso de este permiso, sólo si la madre hizo uso del permiso postnatal maternal, salvo que el padre esté sólo a cargo del hijo/a recién nacido. El padre y madre decidirán de común acuerdo cómo distribuirse entre ellos este permiso y por cuánto tiempo hacer uso del mismo. En caso de no existir acuerdo, primará la opción de la madre para tomarlo ella*".

40 Entre ellas, ver Centro de Estudios de la Mujer CEM (2010) y declaraciones a los medios de comunicación de la CUT, "CUT pide ampliar cobertura de postnatal a seis meses", en www.lanacion.cl del 16 de abril 2010.

Por otro lado, la propuesta restringe el subsidio maternal y la prolongación del postnatal a las trabajadoras que cuentan con vinculación formal al mercado laboral lo que plantea un problema de equidad y justicia social respecto de aquellas –la mayoría– que no están en esas condiciones. La eliminación de la segregación en el mercado laboral y la disminución del alto porcentaje de mujeres en trabajos precarios es una obligación del Estado en su rol de garantízar y respetar de manera igualitaria los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres.

Por su parte, la discriminación en recursos y poder que conlleva el régimen patrimonial de sociedad conyugal es explícita en la ley: *"el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer"* (Código Civil, artículo 1.749). Tal como lo señalaron organizaciones de la sociedad civil ante el EPU, el Estado de Chile no ha cumplido con el compromiso adquirido en 2007 ante la CIDH de modificar esta norma[41].

2. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

En Chile, 48% de las madres adolescentes pertenece al sector socioeconómico bajo el nivel de pobreza y el 74% de ellas, a los dos quintiles de menores ingresos[42]. Del mismo modo, los nacimientos se dan de la siguiente forma: 146,9 por mil nacidos vivos en La Higuera, 127,7 en Palena y 120,9 en Taltal, frente a 6,8; 8,1 y 14,4 en Vitacura, Las Condes y Providencia respectivamente[43].

La reducción del embarazo adolescente fue objetivo sanitario para el período 2000-2010, con la meta de disminuir a 46 por mil nacidos vivos la tasa de fecundidad de las jóvenes entre 15 y 19 años, y a 0, la de niñas entre 10 y 14 años[44]. La evaluación de cumplimiento muestra que para 2007, la de las jóvenes se mantenía en 53,4 por mil nacidos vivos y

41 Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/WG.6/5/CHL/3, 19 de febrero de 2009, párrafo 17.

42 Normas Nacionales. Sobre Regulación de la Fertilidad, Consultado en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada. 2006-10-03.7146246056/mas-documentos-sobre-embarazo-adolescente/NormasFertilidad%20MINSAL.pdf, p. 122.

43 Díaz y Schiappacasse (2009).

44 Ministerio de Salud. Objetivos Sanitarios 2000-2010. Disponible en www.epi.minsal.cl Al comienzo de la década las tasas eran 65,4 y 1,7 por mil nacidos vivos, respectivamente.

la de niñas no bajó más de 1,2 por mil nacidos vivos. En la discusión en curso sobre el Plan Nacional de Salud para el Logro de los Objetivos Sanitarios 2011-2020, la reducción del embarazo adolescente se ha mantenido como una de las metas[45]. El cumplimiento de este objetivo exigirá del Estado la puesta en marcha de un conjunto de estrategias, entre ellas, programas de salud sexual y reproductiva para la población adolescente, orientación y acceso a métodos anticonceptivos y programas de educación sexual en el sistema educativo.

Un avance del período es la promulgación, en febrero de 2010, de la Ley N° 20.418 que Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad. Su adopción zanja un largo debate sobre la anticoncepción de emergencia y respecto de la edad límite de acceso autónomo de las adolescentes a la píldora[46]. La ley establece que "*toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial*" (artículo 1). Entre los anticonceptivos autorizados se incluye la anticoncepción de emergencia, con una salvedad respecto de las adolescentes menores de 14 años: "*en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale*" (artículo 2, inciso segundo).

A pesar de la legislación, las mujeres siguen enfrentando problemas en el acceso a anticonceptivos, y a la anticoncepción de emergencia en particular. La ley no ha sido reglamentada y, por lo tanto, la acción de las distintas reparticiones públicas sigue con altos niveles de discrecionalidad en relación a su distribución gratuita, afectando el ejercicio de los derechos allí garantizados. Se debe recordar que el largo proceso judicial sobre la anticoncepción de emergencia estuvo marcado por hitos que oficiaron acciones en sentidos diversos y contrarios a los servicios de salud y otras reparticiones públicas. Si bien esta norma constituye un avance significativo, su concreción en la política pública se beneficiaría con una regulación de las acciones de las reparticiones y servicios públicos, y de entes privados relacionados.

Abona a esta preocupación la dificultad que recientemente ha producido un instructivo de la autoridad sanitaria de la Región de Coquimbo que impide a las matronas prescribir métodos anticonceptivos y, en particular, anticoncepción de emergencia. La disputa –radicada en la interpretación del Código Sanitario y la normativa relacionada en leyes e instructivos del Ministerio de Salud– tiene efectos sobre el acceso de las mujeres a la planificación familiar, dado que son estas/os profesionales de la salud quienes preferentemente atienden las necesidades de las mujeres de menores ingresos[47].

Resulta determinante para el efectivo goce y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos el acceso oportuno e informado a métodos anticonceptivos. El Estado debe poner a disposición de la comunidad los recursos económicos y técnicos para el ejercicio de estos derechos, particularmente el acceso a la anticoncepción de emergencia. La voluntad del Ministro de Salud[48] y el ingreso de un proyec-

45 Ministerio de Salud. Objetivos estratégicos en salud, documento borrador de consulta. Revisión Final, 10 de noviembre 2010.

46 Las Normas de Regulación de la Fertilidad permitieron su distribución en la red asistencial pública a solicitud de las mujeres que la necesitaran; luego, la resolución del Tribunal Constitucional (ROL 740-07-CDS) derogó la prestación y limitó su entrega a situaciones de violencia sexual. A continuación, el Ministerio de Salud dejó a discreción de las autoridades municipales –como órganos autónomos a cargo de los servicios de salud de su jurisdicción– facilitarla en otras situaciones. Posteriormente, la Contraloría dictaminó que los municipios no tenían esta facultad (Dictamen N° 31.356 del 16 de junio de 2009). Finalmente, la Ley Nº 20.418 repone la prestación y permite su distribución en los servicios de salud a requerimiento de las mujeres.

47 La disposición del SEREMI de Salud de la Región de Coquimbo está contenida en el Instructivo Ordinario 1139 de esa repartición. El Colegio de Matronas, gremios de la salud, organizaciones privadas especializadas en salud reproductiva, organizaciones de mujeres y parlamentarias han argumentado que la facultad está otorgada por los artículos 117 y 124 del Código Sanitario y por la Ley Nº 19.536 de 1997 que modificó este Código y estableció que las actividades de planificación familiar –que incluyen la prescripción de todos los métodos anticonceptivos– ya no son una función delegada del médico, sino de la propia matrona. A propósito de la controversia, el Colegio de Matronas de Chile ha señalado que "*el 100 % de las mujeres de los tres quintiles de menor ingreso, es vista en materia de salud sexual y salud reproductiva por las matronas y matrones de nuestro país*". Declaración pública del 28 de septiembre de 2010. Disponible en: www.colegiodematronasdechile.cl

48 En declaraciones a la prensa, el Ministro de Salud Sr. Jaime Mañalich avaló el instructivo de la SEREMI de Coquimbo sobre la base de una indicación que hizo la subsecretaría de salud pública durante el gobierno anterior. Señaló el Ministro que "*las matronas no están autorizadas para extender una receta de anticonceptivo de emergencia*"; sin embargo, en las mismas declaraciones aclaró que "*estamos totalmente llanos a revaluar esa posibilidad*". Lanacion.cl, jueves 30 de septiembre 2010. Disponible en: www.lnd.cl

to de ley[49] abren la posibilidad de superar las dificultades en la prescripción de anticonceptivos y anticoncepción de emergencia por parte de las matronas, y proteger el derecho de las mujeres a decidir cuándo y cuántos hijos/as tener, en particular de aquellas con menos recursos económicos. Con ello se previene la ocurrencia de embarazos no deseados y eventuales abortos.

En otro orden de cosas, el Grupo de Trabajo del EPU señaló su preocupación respecto del costo diferenciado por sexo de los planes privados de protección de la salud. El Tribunal Constitucional recientemente falló la inconstitucionalidad de esta disposición de las ISAPRES al señalar: "*Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental*"[50]. El pronunciamiento del Tribunal mantuvo el procedimiento de tabla de factores, dejando al poder legislativo la tarea de establecer una nueva norma que no discrimine a las mujeres por el solo hecho de serlo.

Aun cuando el Estado de Chile no aceptó las recomendaciones del Grupo de Trabajo del EPU dirigidas a modificar la penalización del aborto, el debate sobre el problema se ha manifestado en varias coyunturas y a través de casos particulares en la prensa. De hecho formó parte de los temas abordados en la última campaña electoral –particularmente en torno a la reposición del aborto terapéutico derogado en 1989–. En el parlamento se han presentado varios proyectos de ley que proponen reformas a la legislación sobre la materia. El Ministerio de Salud ha señalado que *"el embarazo no deseado, condición que predispone a la realización de un aborto provocado, se asocia a la ignorancia de la propia fisiología reproductiva de la mujer y el no uso, o uso inadecuado de métodos anticonceptivos eficaces. Este aspecto sigue siendo importante en el país, tanto desde la perspectiva de la salud pública como de la salud personal, dado el elevado número de abortos provocados (estimados en 100 a 150 mil casos cada año); embarazos en adolescentes (16% sobre el total de nacimientos), e hijos no deseados, abandonados o maltratados*"[51]. Es importante que el país aborde un debate serio e informado sobre el aborto, donde se expresen todas las voces, con miras a buscar nuevos acuerdos que se plasmen en la legislación y la política pública.

En abril de 2009, la autoridad sanitaria emitió el instructivo "Confidencialidad y Aborto" que elimina la práctica de interrogar a las mujeres que llegan a los hospitales con abortos en curso: "*aun cuando el aborto es una conducta ilegal (…) no corresponde extraer confesiones a las mujeres que requieren atención médica como resultado de un aborto, sobre todo cuando dicha confesión se solicita como condición para la prestación de salud requerida, pues con ello se vulnera la norma contenida en el artículo 15º (…) de la Convención Contra la Tortura, así como el derecho esencial a la protección de la salud, asegurado tanto en el artículo 19 Nº 9 de nuestra Constitución Política, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12 Nos 1 y 2 letra d)*[52]". La confidencialidad entre médicos/as y pacientes es determinante para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y el instructivo del Ministerio avanza en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en esta materia. Es fundamental la difusión de esta medida a todo el personal de salud y a las mujeres que concurren a los servicios, y que su incumplimiento sea sancionado.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante que el Estado garantice la confidencialidad médico/a-paciente; sobre el particular se han presentado tres proyectos de ley, dos de los cuales fueron archivados y uno se mantiene en trámite legislativo[53] sin avances hasta la fecha.

49 Boletín N° 7245-11, Modifica el Código Sanitario con el objeto de facultar a las matronas para recetar anticonceptivos.

50 Rol 1710-10-INC.

51 Ministerio de Salud. Gobierno de Chile. Los objetivos sanitarios para la década 2000-2010. p. 11.

52 Ministerio de Salud. Instruye directrices sobre asunto que indica. 24 de abril de 2009.

53 Los proyectos archivados trataban sobre el derecho a la muerte digna y sobre los derechos de los pacientes. El proyecto aún en trámite es el que corresponde al Boletín 4398-11, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

3. PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y ACCESO AL PODER

La participación igualitaria en las decisiones públicas fue identificada por el propio Estado de Chile ante el Grupo de Trabajo del EPU como un motivo de preocupación. Conforme con la información aportada por la sociedad civil, "*Chile mantiene uno de los más altos niveles de subrepresentación de las mujeres en los espacios de toma de decisión pública de América del Sur (…) en términos de representación parlamentaria, las mujeres no superan el 15% en la Cámara Baja y el 5,3% en el Senado; en el ámbito municipal sólo un 23% de mujeres ocupan concejalías y un 12% las alcaldías, al 2008*"[54].

Sobre esta situación, el PNUD registró "*1.412 mujeres y 6.991 hombres en los más altos puestos de poder en Chile. Estas cifras (…) dan cuenta de una distribución desigual del poder, puesto que las mujeres no superan el 23% de los puestos en ninguno de los campos observados político, económico, simbólico y social*"[55]. La siguiente tabla ilustra cómo ha evolucionado esta situación en los últimos 15 años:

DISTRIBUCIÓN DE HOMBRES Y MUJERES POR CAMPO DE PODER AÑOS 1995-2005-2009 (NÚMEROS ABSOLUTOS)

TIPOS DE PODER / ÁREA	1995		2005		2009	
	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES
Político	2.916	385	3.516	810	3.516	982
Económico	1.508	51	1968	82	2.383	130
Simbólico	679	98	633	121	986	275
Social*	-	-	-	-	190	40

* Para poder social solo hay datos de 2009.

El gobierno de la ex Presidenta Michelle Bachelet se inauguró con un gabinete paritario; el actual gobierno ha designado mujeres en el 30% de los Ministerios. El avance sostenido hacia la representación política equilibrada de mujeres y hombres requiere voluntad política y de mecanismos de acción positiva que la concreten. La gran mayoría de los países de la región los han adoptado, y sus resultados muestran incrementos importantes tanto en el número de candidatas como de elegidas[56]. En Chile, aún cuando todos los sectores políticos se han pronunciado a favor de una mayor participación de las mujeres en cargos de responsabilidad política y de elección popular, la evidencia muestra que este propósito está lejos de ser alcanzado sin mecanismos institucionales que aseguren su participación. El último proyecto de ley dirigido a superar esta brecha fue presentado a trámite legislativo en el año 2007, y no reporta a la fecha avances significativos[57].

54 A/HRC/WG.6/5/CHL/3, Op. Cit., párrafo 37.
55 PNUD (2010, p. 220).

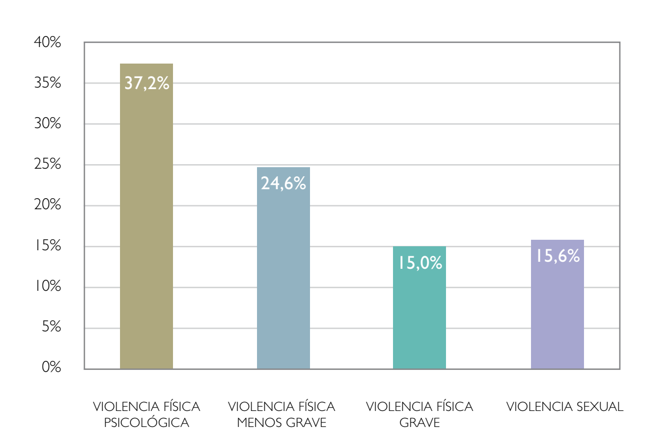
4. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Las denuncias por violencia contra las mujeres han aumentado sostenidamente en los últimos años. El Ministerio del Interior da cuenta de 60.769 denuncias de violencia intrafamiliar en 2001 y 113.487 en 2008; alrededor del 90% de ellas corresponde a agresiones contra las mujeres, porcentaje que se ha mantenido constante en el lapso de esos años[58]. Por su parte, el Ministerio Público reporta 115.100 causas por violencia intrafamiliar ingresadas el año 2009; el 32,83% por amenazas, 57,32% por lesiones y 6,56% por maltrato habitual. Este incremento no ha tenido como correlato un aumento proporcional en el número de sanciones, pues solo un 9,26% termina en sentencia condenatoria[59].

Sobre la gravedad y magnitud de la violencia contra las mujeres en Chile, la Primera Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales de la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior arrojó los siguientes resultados:

56 En América Latina y el Caribe, once países han adoptado legislaciones para promover la participación de las mujeres; el primero fue Argentina en 1991. Un estudio de FLACSO (2006) muestra que "*al analizar 18 países de la región, 11 con leyes de cuotas y siete sin este mecanismo, Flacso constató que en los primeros, la presencia de las mujeres en los respectivos parlamentos creció en 9,5 puntos porcentuales entre 1995 y 2004, mientras que en los segundos lo hizo sólo en 2,9 puntos*".
57 Boletín 5553-06, proyecto de ley que establece política equilibrada de hombres y mujeres en el acceso y ejercicio de cargos de elección popular.
58 Ministerio del Interior, División de Seguridad Pública. En www.seguridadpublica.gov.cl
59 Ministerio Público. Boletín Estadístico. En: http://www.fiscaliadechile.cl/

PREVALENCIA DE TIPOS DE VIOLENCIAS[60]



En la década se han producido más de 500 femicidios. En los 55 asesinatos de mujeres cometidos el 2009 se repiten los patrones identificados en años anteriores: la mayoría fueron cometidos por la pareja o ex pareja de las víctimas, ocho de ellos pololos; ocho mujeres fueron violadas antes de ser asesinadas (en cuatro casos, el agresor era un desconocido, y en los restantes, pertenecían a su círculo afectivo cercano); ocho mujeres habían denunciado y cuatro de ellas, disponían de medidas cautelares; uno de los femicidas venía saliendo de la cárcel, cumpliendo condena por asesinato de una mujer[61].

En el año 2009, la Comisión Interamericana como resultado de una visita al país emitió el Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: la Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política. Allí expresó *"su preocupación frente a la brecha que existe entre la gravedad y magnitud de los actos de violencia y discriminación que afectan a las mujeres chilenas en la esfera familiar y la calidad de la respuesta judicial ofrecida. (…) La actual sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Familia en Chile, así como problemas generales respecto de su funcionamiento que genera retrasos en la tramitación de causas y solicitudes de protección cautelar ante actos de violencia inminentes. En la esfera penal, sólo un porcentaje reducido de casos de violencia contra las mujeres llega a etapa de juicio en Chile, y un porcentaje aún menor resulta en sentencia condenatoria del agresor. Dichos problemas dejan a las víctimas, quienes generalmente son mujeres, en una situación de indefensión ante los hechos sufridos. Asimismo, se genera un clima de desconfianza frente a la capacidad que tienen las instancias judiciales de remediar los hechos denunciados"*[62].

A pesar de que Chile cuenta con un marco normativo para abordar la violencia intrafamiliar –Ley N° 20.066– éste se ve afectado por graves problemas de implementación en el sistema judicial, lo cual repercute en el procesamiento de un gran número de las denuncias interpuestas. Situación particular se presenta en torno al delito de maltrato habitual. La calificación de las conductas que constituyen este delito dilata los procesos y, tal como lo manifestó la Comisión, *"mientras no se resuelve el conflicto de competencia o la devolución de antecedentes entre jueces y fiscales, las víctimas permanecen en un estado de indefensión y su derecho a acceder a un remedio judicial efectivo se ve obstaculizado"*[63].

Si bien están pendientes algunos trámites para la entrada en vigencia del proyecto de ley que modifica el Código Penal e incorpora a la legislación el delito de femicidio, la reciente aprobación por parte del Congreso debe ser destacada como un avance sustantivo en materia de reconocimiento de la gravedad de la violencia contra las mujeres en Chile[64]. Esta legislación debe marcar un punto de partida para las acciones que adopte el Estado para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. No obstante presenta desde el inicio una limitación cual es que la tipificación del femicidio excluye los asesinatos de mujeres cometidos por pololos, y clientes o desconocidos que las abusan sexualmente y las matan.

La CIDH constató que existen dentro de los organismos del Estado formas disímiles de contabilizar los casos de vio-

60 Ministerio del Interior, División de Seguridad Pública (2009). Primera Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales. Porcentaje sobre el total de mujeres de la muestra que han tenido alguna relación de convivencia. En: http://www.seguridadpublica.gov.cl/

61 Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual (2009). Dossier de Prensa de la Campaña ¡Cuidado. El Machismo Mata! Disponible en: www.nomasviolenciacontramujeres.cl

62 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 63 del 27 marzo 2009, párrafo 93.

63 Ibídem, párrafo 76.

64 Modifica el Código Penal y el decreto ley N° 321, de 1925, para sancionar el 'femicidio', y aumentar las penas aplicables a este delito y modificar las normas sobre parricidio. Numero de boletín: 4937-18 Refundido con: 5308-18. Actualmente, el proyecto de ley está a la espera de aprobación presidencial.

lencia contra las mujeres y destacó la necesidad de crear un registro único a efectos del diseño y ejecución de medidas eficaces para combatir la violencia en contra de la mujer[65]. La observación ha sido varias veces reiterada por la sociedad civil al Estado y es parte de los informes alternativos presentados ante los órganos de vigilancia de los tratados y el EPU[66]. La legislación que sanciona el femicidio constituye un buen punto de partida para contar por primera vez con una cifra oficial sobre su magnitud en Chile.

A pesar que la violencia contra las mujeres ha sido colocada como un problema de derechos humanos y de democracia desde los inicios de la década de los años noventa, el Estado chileno no ha logrado disminuir su ocurrencia y debe por tanto, redoblar sus esfuerzos para avanzar en su erradicación. Esta afirmación encuentra sustento en el informe de la Comisión y en los varios estudios realizados por organismos como la CEPAL, la academia y la sociedad civil[67]. La autoridad política debe profundizar los esfuerzos por garantizar que las mujeres afectadas reciban atención adecuada a sus necesidades y protección efectiva a su vida e integridad física. Al mismo tiempo fortalecer las acciones de prevención –como la introducción del problema en los currículos educativos y la realización de campañas públicas de largo aliento que afirmen el derecho de las mujeres a una vida sin violencia– que son las que aportan a transformar los sustentos culturales que están a la base de su ocurrencia.

65 OEA/Ser.L/V/II.134, Op. Cit., párrafo 84.
66 A/HRC/WG.6/5/CHL/3, Op. Cit., párrafo 22.
67 Entre ellos ver: CEPAL (2006) y Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual (2009).

PUEBLOS INDÍGENAS

La entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, representa uno de los hechos más significativos en la consagración y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

La implementación efectiva de este instrumento requiere del esfuerzo del Estado para armonizar la legislación interna de manera dar cumplimiento a todos los derechos reconocidos en el Convenio, entre ellos los de participación, consulta, derecho a tierras y territorios, recursos naturales y derecho al desarrollo.

Existen decisiones contradictorias por parte del Poder Judicial, fundamentalmente en relación al derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas, a pesar que el Tribunal Constitucional definió como normas autoejecutables del Convenio, es decir, disposiciones de carácter vinculante que surten plenos efectos jurídicos desde el momento de la vigencia del Tratado.

El desafío expuesto adquiere mayor relevancia en circunstancias que se ha aplicado legislación excepcional, como las referidas a la Justicia Militar y la Ley Antiterrorista, a hechos vinculados a las movilizaciones sociales, particularmente del pueblo mapuche, con ocasión de demandas y reivindicaciones territoriales y políticas de reconocimiento.

I. PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS

1. EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT Y LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha consolidado el reconocimiento de la dignidad de la persona en tanto individuo y como titular de una identidad y pertenencia a determinados colectivos o grupos sociales. En esta perspectiva, la comunidad internacional ha realizado esfuerzos para abordar la especificidad de la identidad de las personas, en la promoción y protección de sus derechos[68]. Para el caso de los pueblos indígenas, esta evolución se inscribe en la protección de la diversidad y la prohibición de la discriminación, y también en la constatación de una historia de marginalidad social, política, económica y cultural que transgrede los derechos colectivos, las formas tradicionales de vida, la preservación de la identidad y la existencia en tanto pueblos.

En el Convenio N° 169 de la OIT[69], "*por primera vez a nivel internacional, se utilizó el concepto de población indígena como colectividad, y se estableció que los miembros de las poblaciones tienen derecho a la igualdad como cualquier otro ciudadano*"[70]. El sujeto de derecho es definido "*en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de autoidentificación*"[71].

El ex Relator Especial de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, en relación al proceso de construcción y adopción del Convenio explica que "(…) *se fue perfilando la perspectiva que si bien los indígenas como individuos tiene todos los derechos humanos individuales ya garantizados a nivel internacional (y en la mayoría de las legislaciones nacionales), estos no pueden ser plenamente disfrutados si no son reconocidos los pueblos indígenas como entes colectivos con identidad propia y con*

68 Convenio N° 107 de la OIT, primer instrumento internacional vinculante, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes (1957); continúa con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1967); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); y la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990).

69 Convenio sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de1989, en la 76 sesión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–. Entrada en vigor internacional el 5 de septiembre de 1991. Decreto Promulgatorio N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

70 Gómez (2006, p. 135).

71 Ibídem, p 136.



derechos colectivos que históricamente les habían negado"[72]. Agrega el actual Relator Especial James Anaya que "*estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales, el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres (…) el Convenio realiza una substancial innovación en el derecho internacional de los derechos humanos, el cual ha sido articulado de otra manera en los Instrumentos internacionales escritos, en términos de derechos individuales, de manera casi exclusiva*"[73].

En el Convenio se estipulan un conjunto de derechos en la mira de preservar, proteger y garantizar el respeto a su identidad como pueblos, lo que incluye sus costumbres, tradiciones e instituciones, y la plena efectividad de los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, sin discriminación de ninguna especie, lo que exige por parte de los Estados el despliegue de acciones coordinadas y sistemáticas para asegurar la implementación de todos los derechos contemplados en el Convenio N° 169 de la OIT (artículos 1, 2, 3 y 4).

El establecimiento de mecanismos institucionalizados que permitan garantizar la participación efectiva en la toma de decisiones, en todos aquellos asuntos que incidan o puedan afectar sus derechos o intereses, es un derecho establecido en el Convenio. El Estado, frente a toda medida de carácter administrativo o legislativo susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, deberá realizar previa consulta y participación, de buena fe, mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, con el fin de lograr un acuerdo o consentimiento (artículos 6 y 7). El derecho a la consulta y la participación deberá garantizarse respecto de ciertas áreas especialmente sensibles, entre las que se encuentran las concesiones de prospección o explotación de los recursos del subsuelo de los territorios indígenas (artículo 15.2); la enajenación de las tierras de los pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17); la reubicación, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16); la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22) y las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma (artículo 28).

La protección de las instituciones tradicionales incluye que la aplicación de la legislación nacional respete las normas fundadas en la costumbre de los pueblos indígenas, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos humanos reconocidos en la legislación nacional o internacional y, en el orden penal, tener en cuenta el valor de dar *"preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento"* (artículos 8, 9 y 10).

Sobre tierras y territorios, el Convenio hace un especial llamado a que los gobiernos respeten "*la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación*" (artículo 13). Se establece la obligación de reconocer el *"derecho de propiedad y de posesión sobre tierras que tradicionalmente ocupan"* debiéndose tomar las medidas *"para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupados por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia"* (artículo 14). Para estos efectos, se deben instituir los marcos jurídicos adecuados para solucionar, oportuna y eficazmente, conflictos generados con ocasión de la reivindicación de tierras y territorios. En la misma línea de protección, se estipula el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, lo que comprende el derecho de estos pueblos a la utilización, administración y conservación de dichos recursos y al de ser indemnizados por cualquier daño ocasionado con motivo de concesiones de explotación de esos recursos naturales (artículo 15). La garantía sobre tierras y territorios se extiende al derecho de transmisión, y a la obligación de impedir que terceros se aprovechen de sus costumbre o el desconocimiento de las leyes para adquirir la propiedad, siendo obligatorio establecer sanciones adecuadas contra "*toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas*" (artículos 17 y 18).

72 Stavenhagen (2006, p. 26).
73 Anaya, James (2006, p. 33-34).

El Convenio consagra un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales, entre estos, adoptar *"disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas"* (artículo 28). Es obligación de los Estados institucionalizar las instancias de coordinación y planificación, con recursos económicos apropiados, para asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos en el Convenio.

El 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[74] donde queda establecido que estos son titulares y destinatarios de derechos: "*los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos*" (artículo 1). Los derechos reconocidos en este instrumento constituyen el mínimo obligatorio para garantizar la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas en el mundo (artículo 43), y deben guiar a los Estados en el diseño y aplicación de políticas públicas en estas materias. Asimismo, los Estados deben promover el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración y velar por su eficacia (artículo 42).

2. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN RELACIÓN A LA POBLACIÓN INDÍGENA

Diversas instancias internacionales órganos de control, relatorías especiales del sistema de Naciones Unidas y sentencias internacionales, se han pronunciado sobre la situación de los pueblos indígenas y los déficits institucionales que el Estado de Chile presenta en esta materia.

La entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT impone al Estado significativos desafíos, existiendo preocupación de la comunidad internacional por la implementación efectiva de este instrumento y la materialización del deber de consulta y participación a los pueblos indígenas. Dichas observaciones han sido expresadas por el Comité de Derechos Humanos[75], el Comité de los Derechos del Niño[76] y el propio Relator Especial[77]. Este último señala que es obligación del Estado "*desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos*" y en materia de institucionalización del mecanismo de consulta indicó la necesidad de llevar a cabo "*una consulta sobre la consulta*" para determinar el procedimiento estable y definitivo, de conformidad a los estándares internacionales en esta materia[78].

El Estado de Chile se comprometió a dar efectividad a la aplicación del Convenio N° 169 en consulta con los pueblos indígenas y en "*particular asegurar la participación de los pueblos indígenas en la esfera política*"[79], y a "*aumentar las consultas con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras en litigio*"[80].

El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido otro aspecto presente en la agenda de derechos humanos referida a Chile. Desde el año 2004 a raíz de los compromisos asumidos por el Estado en el marco de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso Huenteao Beroiza y otras Vs Chile)[81] está pendiente dicho reconocimiento. En relación a esta reforma constitucional, la comunidad internacional en el EPU, advierte que el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y la naturaleza multicultural de la nación chilena hasta la fecha no

74 Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

75 CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 19.

76 CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Párrafo 74 e).

77 Derechos humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003. Adición, párrafo 67.

78 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add, Adición, párrafos 10 y 11 respectivamente.

79 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12º período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009, párrafo 96, Nº 66.

80 Ibídem.

81 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 30/04. Solución Amistosa Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras Vs Chile, 11 de marzo de 2004. Caso referido a lo que en ese entonces constituía el Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la empresa ENDESA SA, y el traslado de familias integrantes del pueblo Mapuche Pehuenche del sector Alto Bio-Bio, que ocupaban tierras ancestrales que iban a ser inundadas por el proyecto energético en curso.

ha podido materializarse, y recomendó al Estado "*completar el proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas en su Constitución, aplicar las recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y reconocer la contribución de los indígenas a la identidad del pueblo chileno*"[82]. El Relator Especial señaló a Chile que "*es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas*"[83]. Los plazos y mecanismos deben ser adecuados a la materia objeto de consulta a fin de garantizar la participación lo más amplia posible y de manera informada de los pueblos indígenas. Los órganos de tratado también han formulado recomendaciones en esta dirección; así se pronuncian el Comité de Derechos del Niño[84] y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[85].

El Relator Anaya agregó que la consulta sobre el proyecto de reforma constitucional requiere de un consenso mínimo acerca del procedimiento a utilizar y advierte que: "*Sin llegar a un nivel mínimo de aceptación del procedimiento por las partes indígenas, se hace difícil que la consulta que se lleve a cabo sobre la reforma constitucional sea dotada de la suficiente legitimidad*"[86]. La Consulta en esta perspectiva, al favorecer un diálogo de buena fe respecto de aquellos asuntos relevantes para los pueblos indígenas no supone un veto o un privilegio, sino una herramienta que contribuye a prevenir conflictos sobre la base de acuerdo consensuado con los pueblos interesados.

En relación al conflicto intercultural, con ocasión de las demandas y reivindicaciones sobre tierras antiguas o ancestrales y el reconocimiento de derechos políticos particularmente del pueblo mapuche, las observaciones y recomendaciones se orientan a la necesidad de revisar la legislación y estatutos especiales, específicamente la competencia de la justicia militar y la Ley Antiterrorista, advirtiéndose que ésta se ha aplicado preferentemente a este sector de la población nacional. Estos motivos de preocupación fueron extensamente representados en el EPU y reiteran aquellas ya expresadas por el Comité de Derechos Humanos[87], el Comité contra la Tortura[88], el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[89], el Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial[90], así como del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas[91].

La Justicia Militar ha sido objeto de severos reparos. En efecto, la Corte IDH en su sentencia en el caso Palamara Iribarne Vs. Chile indica el deber de adecuar el derecho interno a los estándares internacionales de derechos humanos[92]; en razón, a que el Código de Justicia Militar chileno vulnera la garantías del debido proceso, específicamente el derecho a comparecer ante un juez natural, independiente e imparcial[93].

Los órganos de tratado en la misma línea han planteado recomendaciones de igual tenor y alcance. En efecto, el año 2007 el Comité de Derechos Humanos presentó observaciones por la excesiva amplitud de la competencia de la judicatura militar recomendando al Estado de Chile "*agilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente; verificando que esta ley no contenga ningún precepto que pueda permitir violaciones de los derechos establecidos en el Pacto*"[94]. Por su parte el Comité contra la Tortura, en el año 2009, manifestó al Estado su "*preocupación por las demoras que retrasan la adopción*

82 Ibídem, párrafo 58.
83 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 14.
84 CRC/C/CHL/CO/3, Op. Cit., párrafo 73.
85 CERD/C/CHL/CO/15-18, Op. Cit., párrafo16.
86 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., Apéndice A, párrafo 50.

87 CCPR/C/CHL/CO/5, del 17 abril 2007.
88 CAT/C/CHL/CO/5, del 14 de mayo de 2009.
89 E/C.12/1/Add.105, del 26 de noviembre de 2004.
90 CERD/C/CHL/CO/15-18, del 7 de septiembre de 2009.
91 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit.
92 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párrafos 255 y ss.
93 Ibídem, párrafos 124, 125 y 132.
94 CCPR/ C/CHL/CO/5, Op. Cit. En el 1997 el mismo Comité en relación a las observaciones finales había señalado en relación a Chile que "*la jurisdicción amplia de los tribunales militares para conocer de todos los casos relacionados con el enjuiciamiento de personal militar y sus facultades de fallar causas pertenecientes a los tribunales civiles contribuyen a la impunidad de que goza dicho personal y que impide su castigo por violaciones graves a los derechos humanos*". Recomendando a este respecto que se modifique la ley "*para limitar la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de personal militar solamente, acusado de delitos de carácter exclusivamente militar*".

definitiva de la reforma del Código de Justicia Militar, que ha recomendado el Comité insistentemente al Estado Parte" y señaló la necesidad de agilizar "*el proceso de adopción de la ley que modifica el Código de Justicia Militar, por medio del cual se establecen límites a la competencia material y personal de los tribunales militares (…)*"[95].

El Relator Especial James Anaya señaló en su informe al Estado de Chile que "*otro aspecto preocupante de la política penal es la aplicación, especialmente en años pasados, de la Ley Antiterrorista para procesar y condenar a individuos mapuche por delitos cometidos en el contexto de la protesta social. En este sentido, el Relator Especial anterior recomendó que no deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos ("amenaza terrorista", "asociación delictuosa") a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas*"[96].

La protección del derecho a tierras y territorios de los pueblos indígenas, así como la necesidad de avanzar en la titularización, y en el reconocimiento de los derechos ancestrales y en la implementación efectiva de la consulta antes de conceder licencias para la explotación económica de los recursos naturales en tierras indígenas, constituyó otro motivo de preocupación del Grupo de Trabajo en el Examen Periódico Universal. El Comité de Derechos Humanos con anterioridad había señalado que la lentitud en la demarcación de las tierras indígenas ha provocado tensiones sociales, y lamentó "*la información de que las "tierras antiguas" continúan en peligro debido a la expansión forestal y megaproyectos de infraestructura y energía*", instando al desarrollo de procesos de consulta adecuados[97].

En síntesis, las principales preocupaciones manifestadas al Estado de Chile dicen relación con (1) la aplicación de leyes y estatutos especiales en contra de integrantes de los pueblos indígenas por ilícitos cometidos con ocasión de la protesta social por demandas de reconocimiento de derechos políticos y reivindicación de tierras y territorios[98]; (2) la implementación del Convenio Nº 169 y la institucionalización del deber de consulta y participación[99]; (3) el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas[100]; y, (4) la protección del derecho a tierra y territorios y recursos naturales[101].

95 CAT/C/CHL/CO/5, Op. Cit.
96 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 46.
97 CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 19.
98 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafos 46, 47, 48, y 49.
99 Ibídem, párrafos 63, 64, 66 y 67.
100 Ibídem, párrafos 57, 58 y 59.
101 Ibídem, párrafo 64, 65, 66 y 67.

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

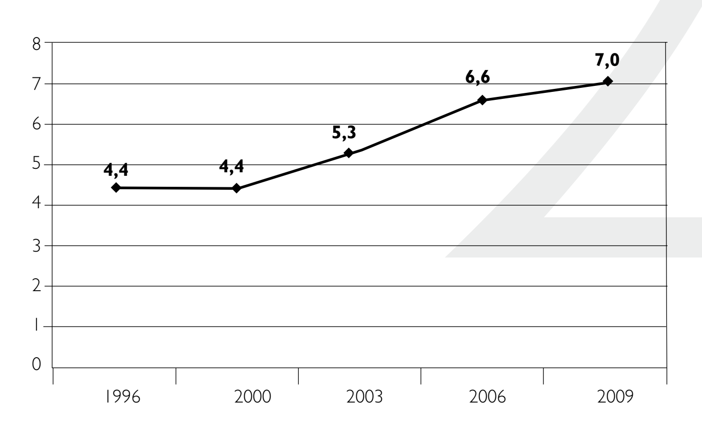
Chile conforma una realidad multicultural que no escapa del derrotero histórico de discriminación a la que se han visto expuestos los pueblos indígenas en el mundo, como consecuencia de la colonización y del proceso de construcción del Estado, ambos efectuados sobre la base de someter la identidad política, cultural, religiosa y económica de los pueblos originarios. Como lo señala la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, "*los pueblos indígenas sienten su cultura amenazada y se ven asimismo como víctimas de un proceso histórico en el que fueron condenados –a veces con violencia– a la invisibilidad y la exclusión*"[102].

La legislación define a los indígenas como los *"descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura*"[103], y reconoce como principales "etnias", a los Mapuche, Aymara, Rapa Nui o Pascuenses, Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita[104], las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagan[105].

Según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica CASEN del año 2009, la población que se autoidentifica como perteneciente a pueblos indígenas alcanza a 1.188.340 personas, lo que equivale al 7% de la población del país. Un 68,2% de la población indígena vive en áreas urbanas[106].

102 Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Primera Edición, octubre de 2008. Santiago, p. 26.
103 Ley Indígena N° 19.253, artículo 1.
104 Mediante Ley N° 20.117 de 8 de septiembre de 2006 se reconoció a la etnia Diaguita.
105 Ley Indígena N° 19.253, artículo 1 inciso 2.
106 Memoria presentada por el Gobierno de Chile, en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010, acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, p. 12 y 14. En adelante, Memoria Oficial.

POBLACIÓN INDÍGENA NACIONAL 1996-2009/ PORCENTAJE (CASEN 2009)



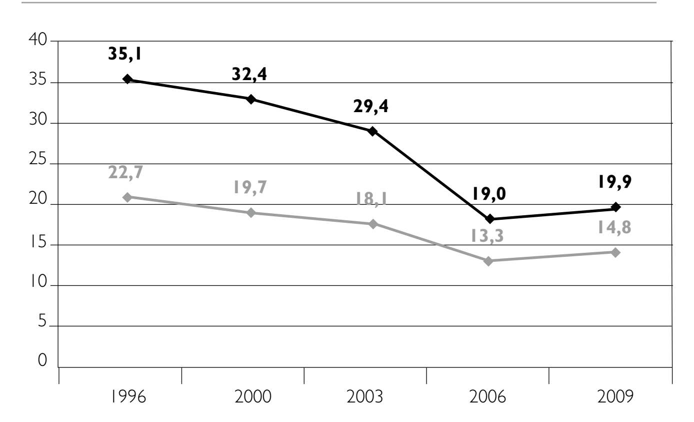
El 85,2% se autoidentifica como perteneciente al pueblo mapuche.

AUTOIDENTIFICACIÓN POBLACIÓN SEGÚN PUEBLO INDÍGENA1996-2009 (PORCENTAJE) CASEN 2009

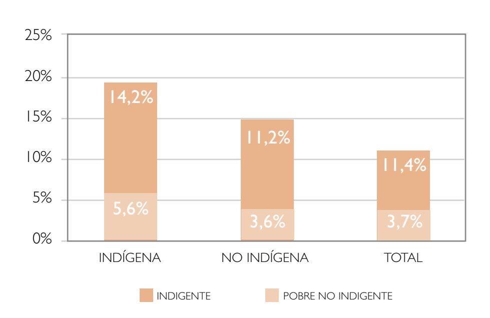
ETNIA	1996	2000	2003	2006	2009
Aymara	14,5	9,6	8,1	7,8	8,1
Rapa Nui	1,2	0,4	0,5	0,2	0,5
Quechua	0,5	2,2	1,5	0,6	1,5
Mapuche	81,0	85,5	87,7	87,2	85,2
Atacameña	1,6	1,0	1,8	2,8	2,6
Coya	0,9	0,7	0,2	0,3	0,5
Kawesqar	0,0	0,6	0,1	0,2	0,2
Yagán	0,2	0,1	0,1	0,1	0,2
Diaguita				0,8	1,3
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

La brecha de inequidad y desigualdad económica que ha afectado a la población indígena ha disminuido en el transcurso de los últimos años. De acuerdo a las cifras oficiales, en 1996 el 35,1% estaba bajo la línea de la pobreza, frente al 22,7% de la población no indígena; para 2009, los índices están en 19,9% y 14,8%, respectivamente. Tendencia similar se observa en la población que subsiste en condiciones de indigencia.

POBREZA POBLACIÓN INDÍGENA Y NO INDÍGENA, CASEN 2009



INDIGENCIA Y POBREZA EN LA POBLACIÓN INDÍGENA Y NO INDÍGENA, 2009 (PORCENTAJE) CASEN 2009



Los órganos de tratado, expertos y relatores especiales de Naciones Unidas han valorado los avances del Estado de Chile, entre ellos, la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la suscripción de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; la promulgación de la Ley Indígena N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena Conadi[107]; la creación del Fondo para Tierras y Aguas y del Fondo de Desarrollo Indígena, que ha significado conforme a cifras oficiales que "*entre 1994 y 2010, un total de 667.457 hectáreas han sido adquiridas, traspasadas o saneadas a personas y comunidades indígenas*"[108]; la adopción de la Ley N° 20.249 que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios[109]; la creación del Programa Orígenes en 2001 que ha implementado proyectos de desarrollo local en comunidades y organizaciones indígenas con una inversión cercana a US$ 109 millones en aproximadamente 1.200 comunidades indígenas[110].

No obstante lo anterior, persisten serios déficits institucionales, de acceso efectivo a derechos económicos, sociales y culturales –que se expresan en marginalidad y pobreza–, de participación política, y de respeto a los derechos a tierra y territorios. La relación entre el Estado y los pueblos indígenas, en especial con el pueblo mapuche, ha estado marcada por la conflictividad y violencia, situación señalada en el Examen Periódico Universal, en las recomendaciones de los órganos de tratado y de las Relatorías Especiales. Por su parte, las organizaciones de la sociedad civil de defensa de los derechos de los pueblos indígenas e instituciones académicas han denunciado, en el país y ante la comunidad internacional, situaciones y hechos que vulneran los derechos humanos de las personas que pertenecen a estos pueblos.

1. CONSULTA Y PARTICIPACIÓN

En relación a la implementación efectiva del Convenio N° 169 de la OIT y el derecho a consulta y participación que allí se garantizan, el Estado de Chile ante el EPU señaló, entre otros aspectos, que se impulsa una reforma constitucional de reconocimiento que es objeto "*de una amplia consulta con las comunidades indígenas*"[111], y que el Convenio N° 169 de la OIT está en proceso de implementación[112]: "*En el marco de su nueva política indígena Re-conocer, Chile contaba con un plan para la aplicación participativa del Convenio 169, por medio de consultas sobre cuestiones que podían afectar a las comunidades indígenas y de un Código de Conducta Responsable para los inversores públicos y privados. Chile seguiría las recomendaciones formuladas sobre la adopción y el logro*

107 Publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1993.
108 Memoria Oficial, Op. Cit., p 70.
109 Publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2008.

110 Sistema de las Naciones Unidas en Chile. Evaluación Conjunta del País. Santiago, agosto 2010, p. 18.
111 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 10.
112 Ibídem, párrafo 12. Chile indicó que se estaba examinando un texto para reconocer la naturaleza multicultural de la sociedad chilena en la Carta Fundamental del país, así como los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, en particular la protección de sus tierras y sus recursos hídricos, su participación en los procesos de decisión y la promoción de sus culturas y tradiciones. Este importante paso era el resultado de un amplio proceso de consulta nacional con los pueblos indígenas, dado que Chile esperaba incorporar mediante el diálogo las opiniones de toda la sociedad, y en especial de los pueblos indígenas (párrafo 45).

de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, importante instrumento político"[113].

La consulta constituye el procedimiento institucionalizado en virtud del cual el Estado se encuentra en la obligación jurídica de dialogar, de manera previa, informada y de buena fe, a través de sus instituciones representativas, sobre todo asunto de carácter legislativo o administrativo que les puedan afectar, con el objeto de obtener un acuerdo o su consentimiento informado acerca de dichas medidas.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional[114], en relación al derecho a la consulta y la participación, estos tienen carácter autoejecutable, ello significa que poseen valor vinculante, incorporándose plenamente sin necesidad de establecer normas de implementación posterior para que produzca plenos efectos jurídicos.

El Relator Especial James Anaya sistematizó los principios internacionales aplicables a la consulta en el marco de lo dispuesto en el Convenio N° 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas[115]. La consulta:

- Debe realizarse con carácter previo, a fin de obtener el consentimiento libre e informado.
- No se agota con la mera información, y más bien propone un diálogo efectivo con las instituciones representativas.
- Debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.
- Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas, es decir, tomando en cuenta costumbres y métodos tradicionales, de acceso al mayor número de indígenas y, en plazos que respeten sus procesos de toma de decisión.
- Debe ser sistemática y transparente, con procedimientos más o menos formalizados que sean a su vez resultado de un proceso consensuado con la participación activa de los pueblos indígenas. En el evento en que el ordenamiento jurídico interno no cuente formalmente con instrumentos de consulta, el Relator indica que "*deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena*", que igualmente deben respetar los estándares mínimos a sus fines.
- Su finalidad es lograr un acuerdo o consentimiento con los pueblos indígenas concernidos.

113 Ibídem, párrafo 49.
114 En control de constitucionalidad preventivo, en dos oportunidades se ha pronunciado el TC. Sentencia ROL N°309 de 4 de agosto de 2008 y sentencia Rol N° 1050-08 de 3 de abril de 2008.
115 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit. Apéndice.

1.1 La Consulta en el ordenamiento jurídico interno y su implementación

El Estado de Chile señala cumplir con el deber de consulta y la participación a través de dos cuerpos normativos: el artículo 34 de la Ley Indígena y el Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación y Cooperación que lo reglamenta[116].

El artículo 34 de la Ley Indígena indica que: "*Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley*" y agrega en su inciso segundo que: "*Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios*". La disposición no cumple con el estándar del Convenio N° 169 dado que limita la consulta y participación a "*escuchar y considerar*", y sólo respecto de materias impulsadas por "*los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial*".

Por su parte, el Decreto N° 124 regula "*la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas*" (artículo 1). Se trata de un mecanismo transitorio, que pretende regular el derecho a la consulta.

Los principios enunciados en el Decreto son: la buena fe, entendida como el respeto a los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas interesados; y el de propor-

116 Adoptado el 25 de septiembre de 2009.

cionar información relevante, aclarar dudas, hacerse cargo de las observaciones "*sea para acogerlas o rechazarlas, y en este último caso hacerlo fundadamente*"; el establecimiento de un procedimiento adecuado, lo que en concepto de la norma significa realizar el proceso de consulta y participación de acuerdo a las circunstancias "*lo que implica considerar la realidad de los pueblos indígenas a ser consultados y utilizar una metodología que permita que todos quienes puedan verse afectados conozcan la posible medida y sus consecuencias y tengan un espacio para emitir sus planteamientos*"; la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas y principio de representatividad, lo que significa realizar el proceso a través de instituciones representativas[117].

Los órganos de la administración del Estado que se ven en la obligación de realizar la consulta y la participación –lo que a su vez define las materias susceptibles de ser consultadas– son los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Queda a discrecionalidad de los órganos constitucionalmente autónomos –las municipalidades y las empresas públicas, entre otros– sujetarse o no a las disposiciones del Decreto[118].

Para los proyectos de inversión en la tierras o áreas de desarrollo indígena –definidas en la Ley Indígena– el Decreto regula la consulta o participación a lo preceptuado en las respectivas normas sectoriales, siendo facultativo para el órgano de la administración del Estado someterse a este procedimiento y, en este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial[119].

Las medidas a ser consultadas son las de carácter administrativo o legislativo, siempre que tengan su origen en los órganos de la Administración del Estado que el propio Decreto delimita. Se entiende por medidas legislativas, las "*ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos*"[120]; las administrativas son las políticas, planes y programas elaborados por los órganos de la Administración del Estado, sobre las cuales estos órganos consideren "*pertinente*" consultar.

La pertinencia de iniciar el proceso de consulta o participación queda entregada a la autoridad u organismo de origen de la medida, junto con el Ministerio de Planificación y en coordinación con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia[121]. Es decir, el propio órgano que debe asegurar la consulta o participación, discrecionalmente puede omitirlas.

En cuanto a la oportunidad para realizar la consulta, el Decreto establece una diferencia ente medias legislativas y administrativas. En las primeras distingue, a su vez, entre ideas matrices de proyectos de reforma constitucional y proyectos de ley, y normas de carácter reglamentario. Tratándose de proyectos de reforma constitucional o de ley, la consulta podrá realizarse previo al envío al Congreso o durante su tramitación legislativa. Respecto de los reglamentos, la consulta deberá realizarse antes de su promulgación. En ambos casos, siempre que "*la urgencia de la materia así lo permita*". Para las medidas administrativas, "*la consulta deberá realizarse en forma previa a la aplicación de las nuevas políticas, planes o programas, salvo que, a causa de una emergencia o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano, éste disponga fundadamente lo contrario*"[122].

Queda entregado al propio órgano de la Administración del Estado "*determinar los instrumentos y modalidades que permitan dar cumplimiento a los objetivos, del proceso de consulta, los contenidos de la propuesta de medida legislativa o administrativa, así como el itinerario, plazos y actividades de dicho proceso*". El Decreto establece un plazo máximo de 30 días para recibir las observaciones formuladas por las comunidades[123].

En la Memoria, el Estado da cuenta de la realización de procedimientos de consulta llevados a cabo hasta el 15 de septiembre de 2010, que se caracterizan por recabar opinión generalmente mediante dos etapas: la primera de carácter

117 Ibídem, artículos 10, 11, 12 y 13, respectivamente.
118 Ibídem, artículo 4.
119 Ibídem, artículo 5.
120 Ibídem, artículo 14.
121 Ibídem, artículos 16 y 21.
122 Ibídem, artículo 15 incisos primero y segundo, respectivamente.
123 Ibídem, artículos 17 y 18.

epistolar con pautas de preguntas y, la segunda, mediante diálogos o talleres[124].

En relación al proceso de "*consulta de la consulta*", el Estado informa que ha realizado 14 reuniones en diferentes ciudades de ocho regiones del país, en las denominadas Mesas Indígenas Regionales, para recabar las primeras opiniones sobre el mecanismo de consulta definitivo[125]. Concluido este proceso, se desarrollará la consulta propiamente tal sobre el mecanismo.

Como puede observarse de todo lo expuesto, ni el artículo respectivo de la Ley Indígena, ni el Decreto Supremo 124 satisfacen las obligaciones y principios que sobre derecho a consulta y participación establecen el Convenio Nº 169 y la Convención. Por lo demás, lo que se está regulando en el Reglamento es el artículo 34 de la Ley Indígena y no el Convenio Nº 169, que es una normativa superior y de un contenido mucho más garantista que la normativa de origen nacional.

El Relator Especial James Anaya, en su Informe sobre los "*Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional*", efectivamente recomienda que en el evento que en el ordenamiento interno no existan mecanismos y procedimientos formales de consulta y participación, se debe adoptar provisionalmente instrumentos transitorios o adhoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta, ello con sujeción a los principios mínimos aplicables y siempre en consulta a los pueblos indígenas.

En el caso del Decreto Supremo 124, se ha cuestionado que desde el punto formal no se hizo el proceso de consulta previo e informado y que en el fondo no respeta los principios mínimos aplicables a la consulta y la participación.

124 En la Memoria Oficial, Op. Cit., se da cuenta de los siguientes procesos de consulta: Consulta sobre Participación Política en el Parlamento y Consejos Regionales y Creación del Consejo de Pueblos Indígenas; Consulta sobre Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas; Consulta sobre la Creación del Parque Nacional Salar del Huasco; Consulta sobre repatriación de restos indígenas canoeros, encontrados en la Universidad de Zurich, Suiza; Consulta sobre el proyecto de Reforma Constitucional en materia migratoria que modifica el artículo 126 bis sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago de Juan Fernández; Consulta para la salida de un Moai a París ; Consulta Programa de Desarrollo Territorial Indígena; Consulta sobre el procedimiento de consulta; Consulta sobre modificación del límite intercomunal Freire-Padre Las Casas; Consulta para la implementación del diseño curricular bilingüe para el segundo año básico; Consulta sobre modificación legal del Decreto Ley 701.

125 Ibídem, p. 30 y 31.

El Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas y las materias a consultar, y los plazos establecidos difícilmente resultan suficientes respecto de la naturaleza y envergadura de las materias puestas a consideración de las comunidades indígenas.

La expresa exclusión de los proyectos de inversión constituye una grave omisión, particularmente porque las principales tensiones con las comunidades indígenas se producen por la expansión de megaproyectos energéticos, mineros, de acuicultura y forestación. Estos quedan sujetos a la consulta ciudadana establecida en la regulación sectorial, y es facultativo para el órgano sectorial que emite la medida adoptar el al procedimiento contemplado en el Decreto Supremo. Así, por ejemplo, los proyectos de inversión con impacto ambiental se someten a la Ley Nº 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente cuyo mecanismo de participación ciudadana no se ajusta a los principios internacionalmente reconocidos en materia de consulta y participación indígena.

La sociedad civil, en el Informe Alternativo a la Memoria Oficial del Estado, planteó críticas a la definición de medida administrativa que excluye los llamados "*actos administrativos*", esto es, decisiones formales que contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Si se tiene en cuenta que las decisiones de los órganos estatales son las que mayor afectación causan a los pueblos indígenas, se sustrae de consulta a una gran cantidad de medidas que, por ser específicamente "*actos*", no caben en la definición de medida administrativa[126].

1.2. Judicialización del derecho a consulta

La falta de implementación del Convenio Nº 169 ha llevado a la judicialización por el incumplimiento de deber de con-

126 Informe Alternativo 2010. "*Un ejemplo señero de ello se da, de nuevo, en materia ambiental y de proyectos de inversión. La Resolución de Calificación Ambiental (RCA) es pronunciada por la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) y, como su nombre lo dice, es la que califica ambientalmente una Declaración de Impacto Ambiental o un Estudio de Impacto Ambiental. Siguiendo el razonamiento desarrollado por el Estado, al ser una "resolución" se entiende que es un "acto administrativo" por lo que no constituiría una "medida administrativa" para efectos del art. 14 del Decreto Supremo, y, consecuentemente, no estaría sujeta a la obligación de consulta. Esto hace prácticamente imposible que los proyectos de inversión, quizás el ámbito en que con mayor urgencia se requiera de la consulta a los pueblos indígenas, se vean sometidos a la misma, dejando en esta materia a los indígenas en la misma situación en la que se encontraban antes de la entrada en vigencia del Convenio*". p. 53.

sulta, mediante la interposición de recursos de protección, fundamentalmente motivados por proyectos de inversión en tierras indígenas.

En esta materia, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido contradictoria en el reconocimiento especial de la consulta establecida en el Convenio Nº 169. Un ejemplo lo constituye la sentencia que revisó el proyecto del sistema de conducción y descarga al mar de efluentes de la Planta Valdivia de la empresa Celulosa Arauco. En este caso la Corte Suprema señaló que "*el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 26 de la Ley Nº 19.300 es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio Nº 169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente*[127].

En contraposición, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt frente al recurso interpuesto por la Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda., por la afectación de tierras reconocidas como indígenas y lugar ceremonial, establece la diferencia entre el mecanismo contemplado en la Ley de evaluación ambiental y la obligación derivada de las disposiciones del Convenio Nº 169: "*En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N*os *1 y 2 del Convenio Nº 169; tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional, es autoejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta*"[128]. La Corte Suprema, no obstante acoger este recurso, finalmente dispone la eliminación de los considerandos que hacen referencia a la Convenio Nº 169 y el derecho a consulta y participación[129].

127 Corte Suprema Sentencia ROL 4078-2010. Considerando undécimo.
128 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Causa Rol Nº 36-2010, 27 de julio de 2010.
129 Corte Suprema Rol Nº 5757-2010 de 15 de septiembre de 2010.

2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

En la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso Huenteao Beroiza y otras Vs Chile, de 11 de marzo de 2004[130], el Estado adquirió el compromiso de reconocer a los pueblos indígenas a nivel constitucional, debiendo iniciar, para tal efecto, un proceso de diálogo con las organizaciones y comunidades indígenas respecto del contenido de dicha reforma constitucional. A pesar de las iniciativas legislativas, dicho reconocimiento está pendiente, y constituye en este aspecto un incumplimiento de lo voluntariamente consentido en el acuerdo. En el marco de las deliberaciones del EPU, nuevamente el Estado se comprometió a "*completar el proceso de reconocimiento constitucional de las poblaciones indígenas, mediando las debidas consultas mencionadas en la exposición de Chile*"[131].

Actualmente se tramita un proyecto de reforma constitucional que propone[132], en base a la afirmación del carácter indivisible de la nación chilena, reconocer la multiculturalidad del Estado y la "*existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional*". Agregando que "*Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes*". La reforma propuesta incluye un alcance en relación al artículo 19 Nº 24 (Derecho de propiedad) que "*La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes*".

La propuesta constituye un avance al explicitar el carácter multicultural del Estado, no obstante, al declarar que los derechos le asisten, no a los pueblos, sino a las comunidades, organizaciones e integrantes de dichos pueblos, desconoce el estándar que a este respecto ha establecido el derecho internacional. En efecto, la discusión en torno al alcance de

130 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 30/04, Op. Cit.
131 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, Nº 57.
132 Boletines 5324-07 y 5522-07 refundidos. Al momento de la redacción del presente Informe se encuentran en primer trámite constitucional en el Senado.

la voz "pueblos" ha cruzado a la comunidad internacional la que, con la adopción del Convenio N° 169 y particularmente con la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas reconoció la condición de sujetos de derechos. La Declaración, además, avanza en el reconocimiento de su derecho a la libre determinación[133].

Una segunda observación es la ausencia de referencia al derecho internacional como fuente de obligaciones en materia indígena, circunscribiendo e insistiendo en el orden jurídico interno, incluido lo referido al reconocimiento de los derechos sobre tierras ancestrales y el derecho al agua.

El derecho internacional ha establecido normas que reconocen el derecho al agua de pueblos indígenas y tiende a garantizar la gestión ciudadana del recurso en los espacios territoriales que ocupan ancestralmente.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Agenda 21 "Programa de Acción para el Desarrollo sustentable", adoptada en la Conferencia de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992); la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena (1993) y la Observación N° 15 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en mayor o menor medida sientan las bases jurídicas para asegurar el derecho de las comunidades indígenas sobre las aguas, reconociendo que el recurso agua es un bien social y cultural, instaurando derechos específicos tendientes a garantizar un acceso equitativo al agua[134].

Asimismo, del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta que los derechos indígenas sobre las aguas poseen una doble dimensión, a saber: derechos preferentes respecto a las aguas existentes en sus territorios ancestrales y que conforman el hábitat necesario para la reproducción de su cultura y la articulación de su propia estrategia de desarrollo. Acceso al agua limpia y a servicios sanitarios que garanticen una vida digna para los pueblos indígenas y sus miembros, lo que se encuentra ligado al reconocimiento y goce efectivo de sus derechos a las tierras y recursos naturales[135].

En Chile, la Ley Indígena avanzó en el reconocimiento de los derechos de propiedad ancestral de las comunidades indígenas del norte del país sobre sus aguas, permitiendo su regularización a pesar de la existencia de derechos inscritos a favor de terceros[136].

Con la propuesta de reforma constitucional, a su vez, se restringe sensiblemente el reconocimiento del derecho a las tierras ancestrales, al dejar entregada su protección lo establecido en la Constitución y las leyes. Sobre tierras ancestrales el artículo 14 N° 1 del Convenio N° 169 es claro en el sentido de que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Por último, es necesario señalar que ha sido motivo de especial preocupación el proceso de consulta sobre la Reforma constitucional. El Relator Especial, a propósito de su visita a Chile, formuló esta inquietud en orden a que "*es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas*"[137].

Para tales efectos elaboró un informe sobre los principios mínimos aplicables en materia de consulta, orientado a dicha reforma constitucional, señalando el marco normativo internacional aplicable sobre la materia.

Así, recomienda la celebración de una reunión de expertos nacionales e internacionales, con la participación de agencias internacionales y de los propios pueblos indígenas para abordar la definición del mecanismo de consulta más adecuado[138].

133 El artículo 3 de la Declaración establece que "*Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*".
134 Yáñez (2007, p. 313).
135 Ibídem, p. 43.
136 El artículo 64 de la Ley Indígena protege especialmente las aguas de las comunidades aymaras y atacameñas y otras del norte del país, estableciendo normas especiales para la constitución del derecho a favor de las comunidades que pertenecen a dichos pueblos. Dispone el art. 64 que serán bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como ríos, canales, acequias y vertientes.
137 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 14.
138 Ibídem, Apéndice, párrafo 47.

Dada la naturaleza de la reforma, el alcance nacional y el involucramiento de diversos órganos, gubernamentales y legislativos, se recomienda establecer una instancia "*dentro de la administración del Estado responsable de planificar y llevar a cabo esa consulta, así como de compilar y sistematizar los resultados de dicha consulta. Idealmente, dicho punto focal debería ser de carácter técnico, funcionalmente independiente, y contar con la participación de expertos(as) indígenas*"[139].

Afirma también que la consulta sobre el proyecto de reforma constitucional requiere de un consenso mínimo acerca del procedimiento a utilizar y advierte que: "*Sin llegar a un nivel mínimo de aceptación del procedimiento por las partes indígenas, se hace difícil que la consulta que se lleve a cabo sobre la reforma constitucional sea dotada de la suficiente legitimidad*"[140].

La obligación de la consulta en esta materia alcanza al poder legislativo, recordando que éste carece de mecanismos institucionales de consulta. Al respecto, el Relator Especial recomienda que el "*Congreso podría optar por establecer procedimientos especiales de consulta que funcionarían a través de sus comisiones existentes, asegurando la participación efectiva de representantes de organizaciones y pueblos indígenas siguiendo criterios transparentes de selección, de manera complementaria a las consultas que fueran llevadas a cabo con anterioridad por el Gobierno.*"[141]

Para garantizar un proceso lo más amplio posible, el Relator Especial "*considera imprescindible que se llevan a cabo consultas de ámbito local o regional a fin de consultar directamente a los pueblos indígenas, a través de sus instancias representativas, en torno al contenido de la forma constitucional (…) considera asimismo que recabar las opiniones de los pueblos indígenas por vías indirectas (como por ejemplo a través del envío de comunicaciones por escrito), aunque puede ser un medio complementario y útil, no es suficiente para un verdadero proceso de diálogo, con miras a llegar a un acuerdo, como establecen las normas internacionales en la materia*"[142].

Se plantea que los plazos deben ser adecuados a la materia objeto de consulta con el objeto de garantizar la participación lo más amplia posible y de manera informada.

Todos y cada uno de estos criterios, incluidos los principios mínimos en materia de consulta deben ser tenidos a la vista por los órganos del Estado en el actual proceso de Reforma constitucional en curso.

3. TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

Un esfuerzo en esta materia ha sido la de establecer programas destinados a la adquisición y transferencia de tierras. Sin embargo, como lo señala la comunidad nacional e internacional, subsiste una deuda en cuanto al reconocimiento del derecho a las tierras antiguas o ancestrales y de resguardo a los recursos naturales y la biodiversidad de los hábitats indígenas, generando una tensión entre los proyectos de inversión forestal, minera y energética que compromete sensiblemente dichos espacios y, por lo tanto, las formas de vida de quienes los habitan. La adecuación de la legislación sectorial, la necesidad de implementar mecanismos de participación y consulta, y el reconocimiento y demarcación de tierras indígenas no han encontrado una solución satisfactoria, lo que incide en la persistencia de conflictos sociales con el Estado.

En relación al proceso de restitución de tierras, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Indígena, se crea un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por CONADI. Se establecen allí garantías para la conservación de las mismas a través de la imposición de limitaciones al derecho de dominio, en términos de prohibir enajenarlas, embargarlas, gravarlas y las declara imprescriptibles, salvo que este modo de adquirir el dominio opere entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia y previa autorización de la CONADI.

A su vez el artículo 22 de la Ley Indígena señala que "*las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo no podrán ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción.*"

Entre 1994 y 2010, un total de 667.457 hectáreas han sido adquiridas, traspasadas o saneadas a personas y comunida-

139 Ibídem, párrafo 49.
140 Ibídem, párrafo 50.
141 Ibídem, párrafo 56.
142 Ibídem, párrafo 60.

des indígenas, en aplicación de los diversos mecanismos que establece la Ley Indígena para estos efectos. De acuerdo a la información proporcionada por CONADI, la superficie total de tierras de dominio indígena asciende a 1.161.074,37 ha[143].

No obstante tales avances, preocupa la inexistencia de otros mecanismos distintos al mercado que permitan la restitución de tierras y territorios. En relación al reconocimiento de tierras antiguas o ancestrales, el marco legal resulta insuficiente para "*permitir el ejercicio de los derechos territoriales indígenas*"[144]. Los problemas detectados por el Relator en su informe respecto de la política de compra de tierras son los siguientes:

1. en muchas ocasiones ha resultado en la fragmentación de los territorios tradicionales de comunidades mapuches y que el Fondo de Tierras ha sido reorientado hacia una práctica de reasentamiento de individuos y comunidades a tierras lejanas de sus territorios tradicionales;
2. ha tendido a favorecer títulos individuales de propiedad y no títulos de propiedad colectiva;
3. ha generado especulación en el mercado de tierras[145].

El gobierno ha anunciado una reestructuración de la política indígena, particularmente de su Fondo de Tierras y Aguas y de la CONADI; hasta la fecha no se conoce el alcance de estas medidas y la forma en que abordan los problemas señalados por el Relator Especial.

En esta dirección se hace indispensable que el Estado garantice algún modo efectivo para la protección del dominio y posesión de las tierras ancestrales. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en relación a la protección del derecho a propiedad de las tierras antiguas por parte de los pueblos indígenas, debe acudirse al Convenio N° 169 de la OIT[146].

En relación a la explotación de recursos naturales, la implementación del Convenio N° 169 de la OIT requiere la adecuación de las leyes sectoriales, en especial las relacionadas con la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica, la Legislación Minera, el Código de Aguas y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, todas las cuales tienen incidencia directa sobre los recursos naturales en tierras y territorios indígenas. Esta tarea no se ha llevado a cabo integralmente y constituye un desafío pendiente que requiere de la máxima atención por parte del Estado, pues los proyectos de inversión forestal, energéticos y acuícola planeados e implementados hasta la fecha constituyen uno de los principales focos de tensión entre las organizaciones y comunidades indígenas, el Estado y el sector privado[147].

Frente al proceso de restitución de tierras y a la reforma constitucional, así como a todos aquellos asuntos que sean de interés directo de los pueblos indígenas, es materia de preocupación para el Instituto que aún el Estado tenga pendiente la definición del mecanismo de consulta y participación, piedra angular del Convenio 169 de la OIT.

4. JUSTICIA MILITAR Y LEY ANTITERRORISTA

4.1 Justicia militar

El derecho internacional de los derechos humanos, la experiencia comparada, la doctrina y la jurisprudencia advierten el carácter excepcionalísimo de la legislación penal militar y, de existir esta, su limitación a la protección de bienes jurídicos del ámbito estrictamente castrense, cuya afectación sea cometida por militares en el ejercicio de las funciones

143 Memoria de Chile. Op. Cit., p. 70.
144 Informe Alternativo 2010, Op. Cit., p. 11.
145 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 27.
146 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay, sentencia 17 de julio de 2005, párrafos 127 y 130.

147 La sociedad civil en su Informe Alternativo advierte sobre el impacto de la expansión de los megaproyectos que afectan territorios indígenas. Entre estos se mencionan: el proyecto de SN Power, empresa de capitales estatales noruegos, en Liquiñe, Coñaripe y Rupumeica, Región de Los Ríos, para construir cuatro centrales hidroeléctricas que resultarán en la inundación de entre 400 y 1.200 ha; los proyectos de centrales hidroeléctricas impulsados por ENDESA/España y Colbun en la Región del Bío Bío y Región de Los Ríos, afectando tierras ancestrales y actuales de comunidades mapuche; la instalación de plantas químicas de tratamiento de aguas servidas en territorio mapuche, amenazando ambientalmente a las comunidades por vertidos de cloro y otros desechos químicos en ríos y fuentes de agua, en la Región de la Araucanía; y plantas de celulosa (de las empresas CELCO S.A., Celulosa Arauco) que causan la contaminación de cursos de ríos, incluyendo la contaminación del Sitio Ramsar Río Cruces en territorio de comunidades mapuche lafkenche. Durante 2008 CELCO siguió adelante su propuesta para la construcción de un ducto al mar para botar sus desechos contaminantes, lo que afectó a las comunidades lafkenches de Mehuin, Misisipi, Maiquillahue, Chan Chan y Quillalhue, en la Región de Los Ríos.

propias e inherentes a esa condición[148]. Uno de los principales cuestionamientos a la existencia de la justicia de fuero militar dice relación con la lesión a las garantías de acceso a un juez natural, independiente e imparcial, afectando el derecho al debido proceso[149].

Como respuesta a la movilización impulsada por los comuneros mapuche en huelga de hambre, el 7 de septiembre de 2010 el Gobierno ingresa a trámite legislativo el proyecto de ley mediante el cual se dispone la exclusión de los civiles de la jurisdicción y competencia de los tribunales militares[150]. Dicha reforma trasciende el hecho coyuntural de la movilización mapuche, y en este sentido la idea de legislar representa un avance al excluir de su competencia a los civiles cuando estos tienen el carácter de imputados.

a. Independencia, imparcialidad y derecho a un juez natural

La amplitud de la competencia conferida a la justicia penal militar, incluida la de investigar y sancionar delitos comunes perpetrados por militares y de arrastrar a civiles al ámbito de su jurisdicción, lesiona el derecho a comparecer ante un juez natural. Este derecho se encuentra plenamente consagrado en la Constitución y en la ley, y en instrumentos internacionales vinculantes para el Estado.

La imparcialidad del juzgador es garantía fundamental del debido proceso, y supone la existencia de órganos jurisdiccionales que no tengan un interés directo en la controversia sometida a su consideración. La ausencia de interés supone que el órgano y el sujeto procesal no tengan vínculos de subordinación o dependencia, y en general, de interés de ninguna especie.

La independencia del juez se liga a la autonomía interna y externa del órgano jurisdiccional, esto es, respecto de quienes integran el poder u órgano que imparte justicia y de los poderes del Estado. Con ello se asegura la no injerencia y la absoluta libertad para decidir acerca del litigio sometido a su decisión. La estructura y organización de la justicia militar en Chile compromete la independencia e imparcialidad de los funcionarios encargados de administrar justicia dada la naturaleza jerárquica, de subordinación y dependencia de las estructuras de mando a la que están sometidos los integrantes de esta judicatura de fuero.

El derecho al debido proceso conlleva igualmente que se garantice la publicidad y la bilateralidad de la audiencia –es decir, que las partes cuenten con la posibilidad de exponer sus pretensiones sin restricciones arbitrarias–, y que accedan a recursos judiciales efectivos de impugnación a resoluciones que estiman contrarias a sus derechos.

El proceso penal militar se caracteriza por ser eminentemente inquisitivo, secreto y escrituro, y afecta en estas dimensiones no sólo a los civiles sino a todo quien se vea expuesto a una investigación criminal en esta sede, incluidos los propios uniformados. Las funciones de investigar, procesar y acusar recaen en un militar en ejercicio activo (Fiscal Militar) quien determina la existencia del delito y establece presunciones de participación, en un contexto donde los medios de prueba se producen sin mediación del juez encargado finalmente de establecer o exonerar de responsabilidades al imputado. Con ello, el proceso penal militar en Chile violenta el principio de publicidad consagrado en la Convención Americana que señala que el "*proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*" (artículo 8.5). La Corte Interamericana al revisar estos aspectos respecto de Chile estableció que el carácter eminentemente secreto de la etapa de investigación "*es contraria al derecho de defensa del imputado, ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual*

148 Corte IDH, Caso Palamara, Op. Cit., La Corte ha dicho que "*en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*" (párrafo 124). La Corte estima que la jurisdicción penal militar en Chile no cumple con esta norma (párrafo 132). La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.

149 Ver Andreau-Guzmán (2003) y Mera (2002).

150 Mensaje 257-358 ingresa el 7 de septiembre de 2010 a la Cámara de Diputados. Boletín 7203-02. El proyecto de ley original "*Modifica sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones tratándose de delitos contra los miembros de las Policías*". El Ejecutivo mediante indicación de 15 de septiembre de 2010 suprimió este régimen especial de protección.

le impide defenderse adecuadamente, en contravención de lo dispuesto en el artículo 8.2.c)"[151].

El derecho a un recurso judicial efectivo supone la existencia de medios de impugnación al que las partes puedan acceder a fin de enmendar, corregir o revertir resoluciones judiciales que eventualmente les afecten. La Corte Interamericana estableció que la jurisdicción penal militar chilena vulnera este derecho "*debido a que el Código de Justicia Militar solamente permite que sean apeladas muy pocas de las decisiones que adoptan las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar que afectan derechos fundamentales de los procesados*"[152].

b Proyecto de reforma al Código de Justicia Militar

En el Mensaje a propósito de la presentación del proyecto de ley anuncia que su objetivo es introducir modificaciones "*en sintonía con los estándares internacionales en la materia*"[153].

El proyecto en sus aspectos esenciales estipula limitar la competencia de la justicia militar de manera que civiles y menores de edad queden bajo el imperio de los tribunales penales ordinarios. Adicionalmente dispone un régimen transitorio a fin que los juicios seguidos ante tribunales militares, en que se persiga la responsabilidad penal de civiles, continuarán su tramitación ante la justicia ordinaria, de conformidad a los procedimientos que corresponda aplicar[154].

El proyecto de ley acordado finalmente en el Congreso Nacional considera los siguientes aspectos:

- Limita la competencia de la justicia militar estableciendo que civiles y menores de edad quedarán bajo el imperio de los tribunales ordinarios con competencia en materia penal (artículo 1).
- En casos de coautoría o coparticipación de civiles y militares en la comisión de ilícitos establecidos en el Código de Justicia Militar, señala que serán competentes para juzgar a los civiles los tribunales ordinarios, y los militares respecto de los uniformados (artículo 2).
- Las contiendas de competencia serán resueltas por la Corte Suprema, sin participación del Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo (artículo 3).
- Para todos los efectos legales se considerarán militares los funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile (artículo 4 N° 1).
- Dispone un régimen transitorio a fin que los juicios seguidos ante tribunales militares, en que se persiga la responsabilidad penal de civiles continúen su tramitación en la justicia ordinaria (artículo 1 transitorio).

La presentación del proyecto es un hecho positivo. No obstante, persisten limitaciones frente a los estándares internacionales que rigen en esta materia.

La única justificación de una justicia militar, de estimarse necesaria, es que la materia sobre la que recae y las personas pesquisadas tengan la calidad de militar. Los/las civiles, en tanto víctimas o imputados/as, no pueden verse arrastrados a este tipo de jurisdicción especial. El proyecto de ley excluye a los/as civiles imputados/as de la competencia de justicia militar, pero mantiene a las víctimas de delito de violencias innecesarias con resultado de lesiones o muerte, perpetrados por uniformados y/o policías sujetos a esta jurisdicción. Con ello se mantiene cerrada la posibilidad de perseguir la responsabilidad criminal en la justicia civil, de todos aquellos uniformados, incluidos funcionarios de la policía de Carabineros, con las consecuentes afectaciones al derecho de las víctimas de comparecer ante un juez natural, independiente e imparcial, y otras garantías al debido proceso. Todos aquellos casos en los que se investigue violencia o abusos policiales en contra de civiles continuarán siendo investigados por las Fiscalías Militares, es decir, mantiene plena vigencia el artículo 330 del Código de Justicia Militar,

El Instituto Nacional de Derechos Humanos, a través de un amicus curiae, hizo presente al Tribunal Constitucional sus observaciones a la norma que sólo establece la exclusión de civiles de la esfera de competencia militar, cuando estos

151 Corte IDH, Caso Palamara, Op. Cit., párrafo 170. La Corte agrega que el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático, y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (párrafo 167).
152 Ibídem, párrafo 186.
153 Mensaje N° 257-358, Op, Cit., p. 1.
154 El Proyecto se encuentra, al momento de redactarse este Informe, con sentencia favorable de constitucionalidad preventiva. Revisado Boletín Legislativo Nº 7203-02.

intervengan como imputados. Al respecto el Instituto señala que "*comparte lo indicado por la Excelentísima Corte Suprema en cuanto a que la calidad de civiles y menores no sólo incluye a los que tengan el carácter de imputados, sino también aquellos que tuvieren el carácter de ofendidos o víctimas, lo que para una mayor claridad debiera estar expresamente descrito en la norma*"[155].

En otras palabras, persiste la competencia de la jurisdicción penal militar respecto de funcionarios/as a los que se les impute responsabilidad por hechos constitutivos de detenciones ilegales, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y homicidios. No sólo hay un efecto procesal que daña las garantías del ciudadano/a al debido proceso, sino que hace inaplicable el tipo penal contemplado en el artículo 150 A y siguientes del Código Penal, referido a la aplicación de tormentos por parte de funcionarios públicos, que es el delito que más se acerca a la definición de tortura conforme a los tratados internacionales sobre la materia.

De acuerdo a la información proporcionada por la Secretaría General de Carabineros al INDH[156], entre los años 2006 a febrero de 2010, han ingresado 2.634 causas por el delito de violencias innecesarias y 116 por el delito de detención ilegal en las distintas fiscalías militares del país. La misma fuente indica que 29 carabineros han sido condenados en el período consultado, todos favorecidos con el beneficio de la remisión condicional de la pena, incluido el único condenado por el delito de violencias innecesarias con resultado de muerte, condenado a la pena de 200 días de presidio remitido. Por su parte, 28 funcionarios en servicio activo se encuentran actualmente procesados por los delitos de violencia innecesaria con resultado de muerte o lesiones y detención ilegal.

155 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Rol 1845-2010, fecha 9 de noviembre de 2010, p. 8. La Corte Suprema, por su parte, al informar en relación al proyecto de ley sobre Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Militares, iniciativa de ley propuesta por la administración de la Presidenta Michelle Bachelet, afirmó en el mismo tenor que "*la categórica exclusión de los civiles como sujetos de persecución penal en la judicatura castrense, debe ser recibida con beneplácito –no obstante que debió ser incorporada con mucha anterioridad– toda vez que constituye una modificación requerida con insistencia en las esferas académicas y políticas, y un principio rector, consagrado en los ordenamientos jurídicos que aún mantienen una legislación penal militar*". Corte Suprema de Justicia Oficio N° 276 de diciembre de 2009, boletín legislativo N° 6739-02.

156 Oficio N° 1194, fecha 8 de noviembre de 2010, Secretaría General de Carabineros, en respuesta al Oficio N° 31 de 29-09-2010.

Si bien la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros establece que la institución policial es de carácter militar[157], esta definición no tiene jerarquía constitucional. La persistencia en mantener a dicho personal en la judicatura de fuero militar se contradice con la intención de restringir la competencia de la justicia militar. El orden público interno no es función militar por lo que no se justifica la existencia de fueros especiales aplicables al cuerpo de policías. En este sentido, el proyecto de Ley en trámite no recoge las recomendaciones formuladas en el EPU y los órganos de tratado, en la perspectiva que el Estado establezca límites a la competencia material y personal de los tribunales militares.

En relación a la competencia de los tribunales ordinarios y los tribunales militares en casos de coautoría o coparticipación en la comisión de ilícitos establecidos en el Código de Justicia Militar, la Corte Suprema señaló que; "*la regulación que se propone, además de consagrar un contexto de desigualdad ante la ley respecto de un mismo hecho que no resulta aceptable, puede eventualmente conducir a situaciones procesales inconvenientes. En tales condiciones, se sugiere que tales casos queden sometidos únicamente a la justicia civil, pues este sistema otorga mayores garantía a los intervinientes*"[158]. En el mismo sentido objetó el INDH frente al Tribunal Constitucional[159], y con ello fue coincidente el voto de minoría en la sentencia de constitucionalidad preventiva que dictó el Tribunal: "*nuestro ordenamiento jurídico desconoce la posibilidad de que un mismo hecho punible pueda ser juzgado por dos o más tribunales diferentes de forma simultánea*"; la norma propuesta "*vulnera abiertamente el principio de igualdad consagrado en el art. 19 N° 2°, de la Constitución, pues somete el conocimiento de un mismo hecho a tribunales distintos (…) la norma en cuestión infringe además el debido proceso y afecta claramente el mandato de establecer un procedimiento racional y justo*"[160].

Respecto de las disposiciones transitorias del proyecto de ley referidas a la validez de las pruebas rendidas en los tribu-

157 Ley Nº 18.961, artículo 1º.

158 Corte Suprema Oficio Nº 152. Informe Proyecto de Ley Nº 46-2010, Boletín Nº 7.203-02, 8 de octubre de 2010.

159 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Op. Cit., p. 8.

160 Tribunal Constitucional Sentencia ROL 1.845-10, 12 de noviembre de 2010. Voto de minoría sostenido por los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Shnake y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

nales militares para todas aquellas causas que deban traspasarse a la justicia ordinaria, el INDH hizo presente sus reparos por cuanto estima que se violentan normas procesales que indican que no pueden incorporarse al juicio pruebas obtenidas con inobservancia a garantías fundamentales[161].

Si bien es cierto que el Mensaje con que se acompaña el proyecto expresamente advierte que se abstendrá de proponer reformas al sistema procesal castrense de naturaleza eminentemente inquisitiva, se debe reiterar que esta reforma sigue constituyendo un desafío pendiente en orden a adecuar la legislación interna a los estándares internacionales de derechos humanos. Igual desafío se impone en relación a revisar los tipos penales militares y su estricta sujeción a los principios de legalidad y tipicidad, evitando la discrecionalidad punitiva en la persecución de dichos ilícitos.

4.2 Ley N° 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad

La huelga de hambre llevada a cabo por los comuneros mapuche durante el año 2010 reinstalaron en el debate público la necesidad de introducir reformas a la Ley N° 18.314[162], que determina conductas terroristas y fija su penalidad. El 12 de septiembre, el Ejecutivo presenta a trámite legislativo un proyecto de ley en tal sentido. En el Mensaje indica que "*los actos terroristas no sólo ponen en peligro la seguridad e integridad de las personas, sino que además socavan las instituciones democráticas y sociales que son esenciales para la conservación y fortalecimiento del Estado de Derecho imperante en nuestro país*"[163]. El 8 de octubre de 2010 se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.467 que introduce modificaciones a la Ley Antiterrorista.

El Estado de Chile a propósito de las preocupaciones y recomendaciones formuladas en el EPU, se comprometió a restringir la aplicación de la Ley Antiterrorista tomando en cuenta las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos[164], en particular, en relación con: la definición de conducta terrorista, la aplicación de la ley y las garantías judiciales.

161 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Op. Cit.

162 En adelante, Ley Antiterrorista.

163 Mensaje N° 280-358, con el que se inicia el proyecto de ley que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

164 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 97, N° 4.

a. La definición de conducta terrorista en la legislación nacional

El principio de tipicidad[165] y de legalidad forman parte de un sistema de garantías de los ciudadano/as frente al Estado que protege a las personas y la sociedad de abusos en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

No obstante no existe un consenso a nivel internacional en torno al concepto de delito terrorista, una ley de carácter excepcional requiere de una descripción precisa de la conducta reprochada a fin de evitar la discrecionalidad. En rigor, la Ley Antiterrorista no define un delito terrorista, sino que proporciona un listado de ilícitos del derecho penal común (delitos base), que protegen diversos bienes jurídicos (vida, integridad, libertad personal, salud pública, propiedad) y que adquieren el carácter de terroristas por la concurrencia de determinadas conductas calificantes. Estas conductas son aquellas que se cometen con la finalidad "*de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de alguno de los delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias*"[166].

Se trata de conductas abiertas e indeterminadas, de carácter subjetivo, que atentan contra el principio de tipicidad, dando cabida a eventuales abusos del órgano que las invoca en la persecución de hechos que no necesariamente encuadran con actos de terrorismo.

Los instrumentos internacionales destinados a la persecución y represión del terrorismo si bien no definen lo que debe entenderse por conducta terrorista, han avanzado sobre el consenso que su finalidad es socavar o destruir la institucionalidad y afectar gravemente los derechos y garantías fundamentales de las personas[167]. Así lo concibe también la Constitución Política al establecer que el te-

165 Constitución Política de la República, artículo 19 N° 3 inciso 8:"*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella*".

166 Ley N° 18.314, artículo 1.

167 Existen 13 tratados universales sobre la materia, para efectos de una visión sumaria de dichos tratados ver la página web "Acciones de Naciones Unidas contra el terrorismo", www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml.

rrorismo "*es por esencia contrario a los derechos humanos*" (artículo 9). Desde esta perspectiva, un motivo de especial discusión en relación a este tipo de legislación ha sido la protección de bienes individuales, particularmente el derecho de propiedad.

El carácter especial y de aplicación excepcional de las leyes antiterroristas obligan a una definición restrictiva de manera que esta ley sea compatible con el orden democrático y, por cierto, con las legítimas reivindicaciones que grupos específicos.

En relación a algunos delitos bases, la reforma elimina del catálogo inicial al parricidio, las lesiones menos graves y los secuestros en formas de encierro o detención. Es valioso que se hayan excluido de la categoría de terrorista, algunos delitos que siendo gravísimos no se justificaba mantenerlos en el catálogo de delitos terroristas en atención a que los bienes jurídicos por ellos protegidos no decían relación con los fines que se pretenden sancionar con esta excepcional legislación

Uno de los aspectos de mayor controversia con motivo del proyecto de reforma a la Ley Antiterrorista fue el amparo al derecho de propiedad, particularmente en relación a los delitos de incendio en lugar deshabitado, descrito y sancionado en el Código Penal[168]. Cabe destacar que, a la fecha de este Informe, la revisión de las causas abiertas en Cañete y Lautaro[169] indica que 16 comuneros mapuche fueron acusados por el delito de incendio terrorista; por el delito de incendio común están siendo investigados 32 comuneros en La Araucanía y 5 en Cañete.[170]

La protección a bienes jurídicos en el marco de la Ley Antiterrorista debe restringirse a aquellos cuya vulneración pueda significar un grave atentado a la vida, la libertad, la integridad física, la salud pública y la propiedad. Esta última, siempre y cuando constituya "*instalación de infraestructura*", esto es, "*propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público, como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones*", como lo señala expresamente el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas[171].

Respecto del delito de incendio terrorista en lugar deshabitado, la reforma a la Ley Antiterrorista avanza en limitar la posibilidad de determinar la pena en el grado máximo. Sin embargo, en relación al delito de incendio de bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos, deroga la regla de determinación de penas establecidas en la legislación anterior, y establece que se aplicarán las sanciones previstas en el Código Penal con excepción del mínimo contemplado en dicho cuerpo legal[172]. La redacción empleada en el texto legal abre un margen de discrecionalidad importante a los tribunales en la interpretación y aplicación de la norma, lo que no satisface el principio de proporcionalidad ni la intención de excluir a los comuneros mapuche de los alcances de la Ley Antiterrorista por este tipo de delitos.

En el único caso visto, hasta la fecha de redacción del presente Informe, de revisión de penas invocando esta norma –caso Poduco Pidenco– el Tribunal de Juicio Oral en

168 Artículo 476: "*Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados: 1.- Al que incendiare un edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado. 2.- Al que dentro de poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación. 3.- El que incendiare bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos*".

169 Información obtenida de los autos de apertura en la Causa Ruc 0800932994-4 del Juzgado de Garantía de Cañete y la Causa Ruc 0900033605-7 del Juzgado de Garantía de Lautaro. Es necesario aclarar que un comunero puede enfrentar acusaciones tanto por incendio terrorista como por incendio común en la misma causa.

170 El Observatorio Ciudadano en comunicación al Relator Anaya señala que "*un total de 58 personas mapuche o relacionadas con el pueblo mapuche procesadas o condenadas por la ley antiterrorista por hechos de protesta social vinculados a la reivindicación de derechos por tierras o de derechos políticos. De ellas, cinco se encuentran condenadas y 42 en prisión preventiva en diversos centros carcelarios del país, en tanto que 11 se encuentran cumpliendo medidas cautelares en libertad. Entre los delitos que se les imputan, o por los cuales cumplen condena, están los de incendio terrorista, homicidio frustrado y lesiones con carácter terrorista, amenazas terroristas, y el de asociación ilícita terrorista*". Comunicación llamamiento urgente, del 23 de julio 2010. Disponible en: www.observatorio.cl

171 Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/52/164 de 15 de diciembre de 1997. Entra en vigor el 23 de mayo del 2001.

172 Ley Nº 18314, articulo 3. Es decir, exclusión el presidio mayor en su grado mínimo, 5 años y un día a 10 años, por lo cual el juez/za parte de la pena de 10 años y un día.

lo Penal de Angol, resolvió específicamente en este punto que *"la promulgación de la Ley Nº 20.467 no establece una situación jurídico procesal más beneficiosa al imputado, puesto que si bien es cierto en abstracto esta ley podría resultar más favorable, en el caso concreto de determinación de pena no se ve modificada, debiendo en consecuencia rechazarse las solicitudes de las defensas"*[173].

b. La aplicación de la Ley Antiterrorista

La naturaleza de la legislación antiterrorista y las graves consecuencias de su aplicación sobre las garantías individuales y procesales imponen que la invocación a una normativa de estas características, en el marco del Estado de Derecho, sea excepcional y de aplicación restrictiva a hechos que impliquen un atentado grave al ordenamiento jurídico. En ningún caso debe ser invocada para la persecución de delitos comunes o la represión de actos de demanda y protesta social.

La decisión del Presidente Sebastián Piñera, en el marco de las negociaciones llevadas a cabo para poner término a la huelga de hambre de comuneros mapuche, de retirar la calificación de hechos por la Ley Antiterrorista en los procesos judiciales que afectan a integrantes de este pueblo con motivo de actos de protesta social, debe destacarse y valorarse. La medida del Ejecutivo se inscribe dentro del compromiso asumido por el Estado ante el EPU, recoge la recomendación formulada por el Relator Anaya y los requerimientos formulados por la sociedad civil.

No obstante, mientras no se modifique sustancialmente la legislación antiterrorista, fundamentalmente en relación a la descripción del hecho punible, persiste la posibilidad de invocar, acusar y finalmente condenar, por parte de otros órganos y poderes del Estado, a personas involucradas en actos de protesta social.

173 Sentencia de 5 de noviembre de 2010. Considerando 8, Causa RIT 21-2004.

c. Garantías judiciales

El tercer motivo de preocupación es la disminución de garantías del régimen procesal aplicable y las facultades concedidas al órgano persecutor en la legislación antiterrorista[174].

La eliminación de la presunción legal de finalidad terrorista según los medios empleados, que hizo la reforma a la Ley Antiterrorista, constituye un significativo avance. Esto significa que el dolo terrorista de todo delito cometido mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos y otros, debe ser probado.

Es también favorable que la reforma prohíba aplicar el procedimiento establecido en la Ley Antiterrorista a los menores de dieciocho años –en estos casos debe aplicarse el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la Ley Nº 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil– y constituya un agravante de delitos terroristas actuar en compañía de menores de edad.

Sin embargo, la Ley Nº 20.467 mantuvo el régimen de ampliación de los plazos de privación de libertad. Esta medida cautelar debe ser excepcional frente al principio de inocencia; sin embargo, en la Ley Antiterrorista, el tiempo para poner a disposición al/la detenido/a ante el tribunal competente se extiende a 10 días, en circunstancias que el plazo normal es de 48 horas. A ello se suma la posibilidad de decretar otras medidas cautelares excepcionales como la reclusión en lugares especiales, la restricción al régimen de visitas y la intercepción de las comunicaciones de la persona

174 El Comité de Derechos Humanos señaló al Estado que "*las garantías procesales, conforme al artículo 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley*". CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 7. Por su parte, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, vigente en Chile desde febrero de 2005, señala que "*las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad a esta convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales*", y que "*a toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional*" (artículos 15.1 y 3). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116 DOC. 5 rev. 1, del 22 de octubre de 2002.

privada de libertad[175]. Además, rompiendo con el principio de publicidad propio del sistema acusatorio, la reforma mantuvo el plazo de secreto de la investigación hasta seis meses.

La reforma introduce una disposición que permite a la defensa a interrogar directamente a los/as testigos y peritos/as protegidos[176], cuya eficacia en la consagración del derecho a la defensa deberá ser evaluado en la práctica, en el curso de los juicios que se siguen. La práctica de recurrir a testigos/as sin rostro ha sido expresada como un motivo de preocupación que debe igualmente ser evaluado en el marco de esta nueva disposición.

No obstante los aspectos positivos de la reforma introducida, esta mantiene vigentes normas que comprometen su armonización con la normativa internacional de derechos humanos y con el fin práctico que se tuvo al momento de legislar, esto es, recalificar los delitos imputados a los comuneros mapuche presos por esta categoría de delitos y evitar la discrecionalidad en la aplicación de una legislación excepcional.

175 La Comisión Interamericana, en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, recordó a los Estados que "*no se considerará razonable una demora de más de dos o tres días en llevar al detenido ante una autoridad judicial en general. Un sistema efectivo para registrar los arrestos y las detenciones y poner esa información a disposición de los familiares, asesores letrados y demás personas con intereses legítimos en la información, ha sido también ampliamente reconocido como uno de los componentes más esenciales de un sistema judicial funcional, pues ofrece una protección vital de los derechos del detenido e información confiable para establecer las responsabilidades del sistema*". Ibídem, párrafo 122.

176 Artículo 18 inciso final en relación al Art. 9 de la Ley Nº 18.314.

DIVERSIDADES SEXUALES

Las personas y colectivos de orientación sexual y de identidades de género diversas han logrado hacer visibles la desigualdad y la discriminación que las afectan. La mayor conciencia social respecto de la vulneración de sus derechos fundamentales no se traduce aún en legislación que los proteja. En efecto, están pendientes de adopción la legislación contra la discriminación y, así como la reforma de normas de manera que estas incluyan los derechos civiles de esta población. El Estado debe producir información sobre la situación de las personas de la diversidad sexual a fin de diseñar políticas públicas orientadas a superar las desventajas que las afectan.

I. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

1. RESPETO A LA DIVERSIDAD SEXUAL EN LOS DERECHOS HUMANOS

En gran parte de las sociedades y culturas, las personas con orientación sexual e identidad de género distintas de la norma heterosexual y que no calzan con la dualidad "hombre-mujer" han sido objeto de persecución y violencia. Principalmente sobre la base de argumentos de orden religioso, moral y cultural, en muchos países, homosexuales, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales han sufrido trato discriminatorio y la denegación de sus derechos. Desde los años ochenta, las comunidades comúnmente conocidas como GLBTTI[177] se han movilizado a nivel mundial para demandar, a la comunidad internacional y a los Estados, garantías de igualdad y no discriminación, y protección en el ejercicio de sus derechos.

En particular en la última década, varios países han modificado sus legislaciones y derogado normas que penalizaban la homosexualidad, han reconocido a las personas sexualmente diversas derechos civiles antes exclusivos de las personas heterosexuales, y han adoptado políticas para erradicar prácticas discriminatorias en el ámbito educativo, laboral y de la salud, entre otros.

De igual manera, los órganos de derechos humanos del sistema universal e interamericano han avanzado en la formulación de instrumentos específicos que protejan a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas. Un esfuerzo en tal sentido son los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género[178]. Los Principios ratifican los estándares legales para que los Estados, y los actores sociales en general, puedan detener la violencia, abuso y discriminación ejercida contra las personas con estas condiciones.

En su preámbulo, estos Principios definen la orientación sexual y la identidad de género, a fin de establecer nociones comunes que permitan identificar aquellas situaciones de vulneración de derechos y de discriminación por su causa. La orientación sexual "*se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas*". Caben en esta definición afectividades y prácticas heterosexuales, bisexuales, homosexuales, lésbicas, transgénero y transexuales.

177 GLBTTI: Gay, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales.

178 Fueron elaborados por un grupo de expertos/as en noviembre de 2006 y presentados ante el Consejo de Derechos Humanos en 2007. Entre sus integrantes estuvo Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU e integrantes de los órganos que dan seguimiento a los tratados, jueces/zas, académicos/as y activistas por los derechos humanos.



Por su parte, la identidad de género "se *refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*". En esta definición la identidad de género desliga el cuerpo de nacimiento –en su versión dicotómica, hombre-masculinidad y mujer-feminidad– y reconoce la libertad de las personas para construir en su vida otras identidades, como la transexual o la transgénero.

El principio de igualdad y de no discriminación incorporado en los pactos y convenciones no refiere explícitamente la protección de la orientación sexual o de la identidad de género; sin embargo, la mención general a "*cualquier otra condición*" es indicación de una cláusula abierta que permite ampliar a otras distinciones o categorías no señaladas y constitutivas de trato injusto. También lo es que los órganos de los Tratados hayan interpretado que la orientación sexual era parte de la categoría "*sexo*"[179].

En diciembre de 2008, la Asamblea General de Naciones Unidas emitió la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género[180] –firmada por 66 países, entre ellos Chile– reafirmando "*el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género*" (artículo 3). En el documento, los Estados explicitaron su preocupación por "*las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género*" (artículo 4) y por "*la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquéllos sometidos a tales abusos*" (artículo 5).

179 Comité de Derechos Humanos: Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso Nicholas Toonen contra Australia, Comunicación N° 488/1992.
180 Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 2008.

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA ha adoptado dos resoluciones, en 2008 y 2009, ambas suscritas por el Estado de Chile. En la primera, "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género"[181], la Asamblea reafirma que "*la Carta de la Organización de los Estados Americanos proclama que la misión histórica de América es ofrecer al ser humano una tierra de libertad y un ambiente favorable al desarrollo de su personalidad y a la realización justa de sus aspiraciones*". Quedó manifiesta también allí la preocupación de los Estados por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra personas por razón de su orientación sexual o identidad de género. En la segunda resolución[182], se urge a los Estados asegurar que se investiguen estos actos y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia (artículo 2), y se solicita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los demás órganos del Sistema prestar adecuada atención al tema (artículo 4).

De igual forma, los órganos de vigilancia de los tratados se han preocupado por establecer que la orientación sexual es materia de protección de estos instrumentos. Así, el Comité de Derechos Humanos informó que la protección igual y efectiva contra cualquier discriminación contendida en el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos incluye la discriminación por razones de orientación sexual[183]. En ese mismo sentido, el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó que "*el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por (…) el estado de salud (incluidos el VIH / SIDA), la orientación sexual (…), que tengan por objeto o por resultado la invali-*

181 Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), aprobada el 3 de junio de 2008.
182 Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009.
183 Comité de Derechos Humanos: Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso Nicholas Toonen contra Australia, Comunicación N° 488/1992, párrafos 8.2-8.7. Véase, también, Dictamen de 6 de agosto de 2003, Caso Edward Young contra Australia, Comunicación N° 941/2000, párrafo 10.4, y Dictamen de 30 de marzo de 2007, Caso X c. Colombia, Comunicación N° 1361/2005, párrafo 7.2. Citados en: Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Comisión Internacional de Juristas CIJ (2009).

dación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud"[184].

El Comité contra la Tortura ha considerado que la orientación sexual está incluida en la prohibición de discriminación[185], y el Comité de los Derechos del Niño incluyó la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación en sus observaciones generales relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes, el VIH/SIDA y los derechos del niño[186].

A nivel interamericano, la Corte afirmó que "es *perfectamente posible, además de deseable, volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (v.g., inter alia, estatus social, renta, estado médico, edad, orientación sexual, entre otras)*".[187] Por su parte, la Comisión ha declarado admisibles casos de discriminación por orientación sexual –entre ellos, contra el Estado de Chile– y señalado que la penalización de la homosexualidad y la privación de libertad sencillamente por razón de la preferencia sexual es una práctica que "*no se compadece con las disposiciones contenidas en varios artículos de la Convención Americana y debe en consecuencia ser modificada*"[188].

2. OBSERVACIONES AL ESTADO DE CHILE

El Comité de Derechos Humanos, en el año 2007, con ocasión de la presentación del informe del Estado de Chile sobre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos señaló que: "*aunque observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud. (Artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los perjuicios sociales*"[189].

Los Estados en el Examen Periódico Universal recomendaron a Chile: prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, abordarlas en programas y políticas de igualdad utilizando los Principios de Yogyakarta como guía en su formulación; revisar el artículo 373 del Código Penal de modo de impedir su aplicación abusiva para perseguir a integrantes de las minorías sexuales; y, reforzar las medidas contra las actitudes discriminatorias en la sociedad a través de iniciativas de educación pública[190].

Existe pues, coincidencia entre los órganos de tratados en señalar la vulneración de derechos que afecta a las personas GLBTTI, y una indicación al Estado sobre el imperativo de hacer de la igualdad y la no discriminación un principio de acción para sí y una práctica de relación y construcción social y cultural. Las medidas propuestas para avanzar en este propósito incluyen legislación, acceso a la justicia y promoción del respeto a estas condiciones en las relaciones sociales.

184 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 18.

185 Comité contra la Tortura, Observación General Nº 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte, párrafos 21 y 22.

186 Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 4: Salud y Desarrollo de los Adolescentes, párrafo 6, y Observación General Nº 3, VIH / SIDA y los derechos del niño, párrafo 8.

187 Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, Serie A Nº 18, párrafo 63.

188 CIDH, Comunicado de prensa N° 24/1994. Interpretación similar ha realizado el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria (E/CN.4/2004/3, de 5 de diciembre de 2003, párrafo 73), y la Comisión Internacional de Juristas (2009, p. 79): "*los códigos de moralidad ambiguos y las leyes que regulan la salud pública, la moralidad y el decoro público se suelen utilizar asimismo para efectuar detenciones arbitrarias por razones de orientación sexual, o de identidad o expresión de género*".

189 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril 2007.

190 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12º período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009, párrafos 27, 28 y 29.

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

En el período que abarca la revisión de la situación de derechos humanos de la población GLBTTI, se han producido algunos hechos que alientan transformaciones hacia la garantía de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género. En los poderes del Estado y en la ciudadanía en general se ha instalado el debate público, y por tanto, la posibilidad de construcción de nuevos acuerdos sociales dirigidos a superar la segregación y exclusión a las personas y colectivos que comparten esta condición. El avance en colocar la discriminación por orientación sexual e identidad de género como asunto de preocupación pública se debe, principalmente, a la acción de las organizaciones y colectivos de la diversidad sexual, apoyados por ONG y organizaciones sociales de diverso tipo.

La diversidad sexual formó parte de la última campaña presidencial –alusión a ella hubo en los programas de gobierno de las distintas candidaturas y en las franjas publicitarias– y todos los candidatos, sin excepción, asumieron compromisos públicos para avanzar en la protección de los derechos de esta población y la erradicación de la discriminación que la afecta. Mención particular se hizo a la superación de las desigualdades que produce la ausencia de reconocimiento legal de las parejas de personas del mismo sexo, situación que tiene consecuencias en ámbitos patrimoniales, previsionales y de protección de la salud, entre otros. De hecho, en el parlamento hay dos proyectos de ley presentados por distintas bancadas políticas que proponen –con mayor o menor amplitud– medidas para superar la discriminación a los derechos de estas parejas[191].

A nivel de gobiernos locales, tres municipalidades –Santiago[192], La Serena[193] y Chillán[194]– aprobaron Ordenanzas en contra de la discriminación. El objetivo, común a las tres, es "*contribuir a erradicar cualquier discriminación arbitraria y reconocer que en el territorio de nuestra comuna existen diversas realidades de personas o grupos de personas, todas las cuales aportan al desarrollo local y forman un todo comunal diverso que debe vivir en armonía e integración*". La definición de discriminación incluye, entre sus causas, la que se produce en razón de la orientación sexual y el género. En las Ordenanzas, las municipalidades se comprometen a promover programas especiales contra la discriminación, asistir legal y gratuitamente a las personas de escasos recursos económicos afectadas por el problema, y establecer sanciones administrativas para funcionarios/as que incurran en prácticas discriminatorias, entre otras obligaciones.

En materia judicial, el Juzgado de Familia de Puente Alto entregó la tuición de sus dos hijos a un hombre gay[195]; según señala la UDP (2009), el fallo argumenta a favor de la superación del prejuicio sobre la orientación sexual como impedimento para el ejercicio de la paternidad o la maternidad. El hecho marca una diferencia sustancial con la práctica habitual de los tribunales que, en años anteriores, habían negado a padres gay y madres lesbianas la tuición sobre sus hijos e hijas. El caso paradigmático es el de Karen Atala, actualmente en revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[196].

Sin perjuicio de lo anterior, la tendencia que marcan los hechos expuestos no se ha consolidado. Una primera omisión constatada es la ausencia de información pública sobre la vulneración de derechos de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Los registros disponibles corresponden al esfuerzo de la sociedad civil, y en particular de las organizaciones vinculadas con el respeto de la diversidad. Durante 2009, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual Movilh tuvo conocimiento de 124 casos de discriminación homofóbica y transfóbica, que de acuerdo con sus registros representa un aumento de 90% respecto del año anterior; de estos, seis corresponden a atropellos policiales, tres a hechos de discriminación laboral, cuatro a vulneraciones de derechos en el campo educacio-

191 Boletín N° 6735-07, Pacto de Unión Civil; Boletín N° 7011-07, Acuerdo de Vida en Común.
192 Adoptada en la Sesión Ordinaria Nº 13, del 13 de mayo de 2009.
193 Decreto 3000/09, adoptado el 24 de agosto de 2009.
194 Adoptada el 17 de agosto 2009.
195 Emol.com. Padre Gay pide tuición de sus hijos y madre se la cede en tribunales, publicado el 11 de marzo de 2009. El acceso a la causa está restringido para proteger la identidad e integridad de los y las involucrados/as.
196 Examinado más adelante en este informe.

nal, nueve a exclusión institucional y dos a obstáculos para el uso igualitario de espacios públicos y/o privados[197].

En relación a los poderes del Estado se constatan resoluciones o actos administrativos en direcciones contrarias, lo que configura un clima ambiguo respecto de la garantía de igualdad y no discriminación a las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género.

1. REFORMA DE LA LEGISLACIÓN

1.1 Ley contra la discriminación[198]

En el trámite parlamentario del proyecto de ley, las restricciones respecto del objeto de esta legislación, la definición de discriminación y la exclusión a las entidades religiosas del cumplimiento cabal de la obligación de no discriminar, constituyen materias de preocupación principal para la protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas[199].

En relación al objeto de la ley, la modificación de una obligación inmediata –no discriminar– a una de tipo progresivo –tender a la eliminación de toda discriminación arbitraria– significa para las personas GLBTTI que el respeto a sus derechos queda entregado a la voluntad de los/as funcionarios/as públicos y de los operadores de justicia. En ausencia de una instrucción clara y explícita de no discriminación, que reitere los estándares en la materia recogidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, se impone la personal apreciación en la aplicación de leyes y disposiciones administrativas, la que responde a los niveles de empatía o prejuicio que el personal tenga hacia la población sexualmente diversa.

Estudios de opinión realizados por varias entidades en los últimos años muestran que la homo, lesbo y transfobias tienen aún fuerte arraigo en los imaginarios sociales y prácticas culturales en Chile. En el año 2003, una encuesta sobre tolerancia y no discriminación realizada por la Universidad de Chile y Fundación Ideas[200] en tres ciudades del país mostró que la homofobia es el segundo aspecto donde se concentra mayor intolerancia en el país. En una encuesta aplicada en la Región Metropolitana en el año 2009, la orientación sexual aparece como la tercera causa de discriminación[201]. Al mismo tiempo, en varios estudios y sondeos realizados ese año reconoce en la sociedad chilena "*la tendencia de un progresismo que avanza lento, pero sostenidamente en el tiempo, pues la mayoría presenta menos prejuicios o ignorancia sobre las diversidades sexuales*"[202].

Los tribunales de justicia han conocido casos de discriminación institucional por orientación sexual en Carabineros de Chile, en la Policía de Investigaciones y dentro del sistema educativo; en todos ellos, los/as afectados/as alegan violación de la garantía de igualdad, del respeto y protección de la vida privada, y el derecho a la privacidad. Respecto de Carabineros, el Estado de Chile debió llegar a solución amistosa frente a la CIDH por la discriminación de una carabinera lesbiana[203], y se han conocido dos nuevos casos de Carabineros que alegan que fueron obligados a renunciar a la institución por razón de su orientación sexual[204]. En 2009, un detective de la PDI inició juicio para que se considere nula su baja de la institución en razón de su orientación sexual[205]. En el ámbito educativo, es público el caso de una ciudadana a quien se le niega la posibilidad de ejercer como

197 Movilh (2009, p. 17). La organización lleva varios años presentando informes anuales al país sobre la situación de la población GLBTTI que incluye denuncias receptadas por la entidad, las que son sometidas a un proceso de verificación y documentación.

198 Proyecto de Ley que Establece Medidas contra la Discriminación. Boletín 3815-07, 14 de marzo de 2005.

199 En el EPU la sociedad civil menciona como una de sus preocupaciones la ausencia de una ley en contra de la discriminación, así como la demora en la tramitación del proyecto presentado por el Ejecutivo en 2005. Agrega que "*durante el año 2008 al proyecto de ley presentado se le formularon nuevas indicaciones que llevan consigo restricciones al concepto de no discriminación, una causal expresa de exclusión de responsabilidad para las iglesias y la limitación del deber del Estado en cuanto a la protección y garantía de este derecho*". Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Resumen preparado con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/WG.6/5/CHL/3, párrafo. 19.

200 Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología y Fundación Ideas (2003). Encuesta Tolerancia y No Discriminación. Tercera Medición. Presentación digital, disponible en: www.ideas.cl El estudio se realizó en convenios con la Subsecretaría General de Gobierno, el Ministerio del Trabajo y SERNAM, e incluyó las provincias de Santiago, Iquique y Temuco.

201 Fundación Ideas. Encuesta ¿Legislar contra la discriminación? Resultados generales, marzo 2009. Disponible en: www.ideas.cl

202 Movilh (2009). La organización sustenta esta afirmación en los resultados de sondeos e investigaciones del Instituto Nacional de la Juventud, la Universidad Diego Portales, la Universidad Central y la Corporación Genera, además de los mencionados supra.

203 CIDH. Petición P-490-03, Peticionaria Vs. Chile, acuerdo de solución amistosa.

204 UDP (2009, p. 287). El Informe señala que su solicitud de reincorporación es rechazada, y que en mayo 2009 ambos presentaron demandas de nulidad de derecho público que aún se encuentran en trámite.

205 Ibídem, p. 289.

profesora de religión en razón de su orientación sexual; la afectada ha presentado su situación en 2009 ante la CIDH, la que está pendiente de admisibilidad[206].

Otras prácticas discriminatorias hacia la población GLBTTI se producen en materia de derechos civiles, y en particular respecto del cambio de nombre solicitado por personas transexuales y transgénero. Aquí son claras las situaciones donde las entidades públicas han tenido comportamientos contradictorios frente a los mismos requerimientos. La situación se rige por la Ley N° 17.344, que autoriza el cambio de nombre y/o apellido en razón de "menoscabo moral", y por la disposición del Código Civil que indica que el nombre debe ser concordante con el sexo. Hasta agosto de 2009, el Primer Juzgado Civil de Rancagua había autorizado el cambio de nombre y sexo a tres hombres transexuales sin necesidad de intervención quirúrgica previa. En cambio, el Cuarto Juzgado Civil de Santiago ha rechazado las solicitudes, en el mismo sentido, de tres mujeres; en uno de estos casos, la Corte de Apelaciones revocó la sentencia del Tribunal y autorizó el cambio de nombre de la persona, mas no el cambio de sexo[207].

La adopción de una norma que tenga por objeto "tender a la eliminación de toda discriminación arbitraria", como la que se plantea en el proyecto, no exige resultados consistentes con este propósito, por lo cual es posible dudar de su efectividad ante este tipo de situaciones. Esta preocupación se refuerza por los cambios introducidos en la definición de discriminación que ha producido el debate parlamentario que excluyen la acepción "y por cualquier otra condición" de sus causas, y las varias indicaciones para eliminar la orientación sexual y el género de categorías ya explicitadas. Con ello, el propósito original de garantizar la efectiva vigencia del principio de igualdad y no discriminación a las personas sexualmente diversas se diluye y, como resultado, el Estado estaría reproduciendo las condiciones de exclusión y segregación que las afectan.

Con ocasión del debate parlamentario del proyecto de ley, la Comisión de Derechos Humanos del Senado incorporó al texto la disposición legal que permite a las iglesias hacer distinciones entre personas en el ámbito de su competencia[208]. Es necesario discutir la proyección de la no discriminación en el campo de acción reconocido a las iglesias y que va más allá de lo meramente pastoral.

La adopción de una ley en contra de la discriminación permitiría dar un paso importante hacia el cumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile. Al mismo tiempo, para que esta legislación constituya un avance, sus disposiciones deben efectivamente abordar las exclusiones y desventajas que históricamente han afectado a personas y colectivos específicos como las que produce la orientación sexual y la identidad de género.

1.2 Derogación artículo 373 del Código Penal

El Grupo de Trabajo del EPU recomendó la derogación de esta disposición en razón del uso que de ella se ha hecho para detener personas por su orientación sexual e identidad de género. El artículo sanciona con reclusión menor en su grado mínimo a medio a quienes "*de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código*". La formulación legal ha sido objeto de observaciones además por varias entidades académicas y ONG por tratarse de un tipo penal ambiguo y discrecional, contrario a las garantías judiciales[209], y en sus informes al EPU, las organizaciones de la sociedad civil mencionan situaciones de detención arbitraria y abusos policiales contra las personas transexuales, travestís y transgéneros al amparo de este artículo[210].

En atención a preocupaciones similares, en diciembre del año 2007 varias/os diputadas/os presentaron una moción para derogar el artículo 373 del Código Penal; el proyecto revisa el gran número de detenciones hechas a su amparo, sin denuncia previa o hechos que las justificaran: "*de acuerdo a los informes hasta ahora disponibles del Instituto Nacional*

206 Caso de la profesora Sandra Pavez, presentado ante la CIDH en diciembre de 2009.

207 UDP (2009, p. 296-299).

208 La norma agregada en el debate ante la Comisión de Derechos Humanos establece lo siguiente: "*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.638, las distinciones que las entidades religiosas realicen de acuerdo a las actividades mencionadas en los artículos 6° y 7° de la misma ley, no se considerarán arbitrarias*".

209 Sobre el particular consultar Dides, Márquez y Guajardo (2007) y, Corporación Humanas, Observatorio Parlamentario Informe 2009, disponible en www.humanas.cl .

210 A/HRC/WG.6/5/CHL/3, Op. Cit., párrafo 24.

de Estadísticas (INE) y Carabineros, entre 1998 y 2004 se efectuaron 537 denuncias por ofensas al pudor, pero el número de aprehendidos es más de cinco veces mayor, llegando a las 27 mil 389 personas (…) *en el 98 por ciento de las aprehensiones por ofensas al pudor, jamás hubo una denuncia, es decir ,nunca hubo uno o más testigos que se sintieran violentados con un determinado hecho, por lo que al no existir escándalo o trascendencia pública, resulta claro que el artículo 373 está siendo aplicado de manera arbitraria por la fuerza policial*"[211].

La moción fue rechazada en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados en septiembre de 2008, y posteriormente archivada en mayo de 2010. Es esperable que en atención a la explícita recomendación del EPU, la iniciativa sea retomada por el Ejecutivo.

1.3 Modificación del artículo 365 del Código Penal

A pesar que las relaciones homosexuales entre mayores de 18 años dejaron de ser delito[212], el artículo 365 marca una distinción en la edad de consentimiento en las relaciones sexuales ligadas a la orientación sexual. La redacción actual indica que quien "*accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio*". Con ello, en la legislación queda establecido que las relaciones heterosexuales se suponen consentidas a partir de los 14 años, mientras que para las de tipo homosexual el umbral de edad es 18 años. Esta norma vulnera el principio de igualdad por el tratamiento diferenciado que hace de los actos sexuales sobre la base de los sujetos que en ellos participan. El ejercicio de la autodeterminación sexual de los y las jóvenes heterosexuales mayores de 14 años y también de las jóvenes lesbianas –el artículo se refiere a personas de sexo masculino– no tiene impedimentos en la ley; por el contrario, se sanciona la intimidad sexual entre dos hombres mayores de 14 y menores de 18 años[213].

211 Boletín legislativo Nº 5565-07.
212 En julio de 1999 fue derogada de la norma penal que castigaba la sodomía consentida entre hombres adultos.
213 Actualmente, el Tribunal Constitucional se encuentra revisando la inaplicabilidad de esta norma, raíz de un requerimiento interpuesto por la Defensoría Penal Pública (Rol 1683/2010).

Asimismo, la norma penal vulnera el derecho a la libertad personal consagrado en la Constitución. La autonomía, entendida como la libertad en el desarrollo del plan de vida, es el presupuesto de la admisibilidad de la autodeterminación sexual. La libertad, desprovista de consideraciones de moral social, solo depende de la autonomía del sujeto y de su interlocutor sexual. Sin embargo, el artículo 365, a diferencia de los otros delitos sexuales, no contempla un elemento de coacción sino que refiere simplemente a una relación sexual. La afectación en materia de libertad viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de aquel joven entre 14 y 18 años que quiere intimar sexualmente con otra persona de su mismo sexo y rango de edad.

2. RESOLUCIONES JUDICIALES POR VULNERACIÓN DE DERECHOS A CAUSA DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

En la resolución de causas por situaciones de discriminación y vulneración de derechos humanos por orientación sexual e identidad de género no ha existido jurisprudencia uniforme. Los casos antes referidos que han afectado a funcionarios/as de las fuerzas policiales han tenido hasta ahora resoluciones desfavorables; el de tuición de un padre gay fue aceptado; y los juzgados civiles frente a solicitudes de cambio de nombre y sexo en algunas ocasiones han favorecido la petición y en otros, las han rechazado.

Lo expuesto evidencia las dificultades de acceso a la justicia que han tenido las personas por causa de su orientación sexual. Ante la desprotección de sus derechos los/as afectados han comenzado a recurrir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y el Estado de Chile enfrenta hoy un caso ante la Corte IDH. En julio de 2008, la Comisión declaró admisible la denuncia de Karen Atala, madre lesbiana a quien la Corte Suprema negó la tuición sobre sus hijas argumentando el "*deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho*"[214]. La Comisión concluyó que "*el Estado de Chile*

214 Corte Suprema, fallo emitido por la Cuarta Sala, 31 de mayo 2004.

es responsable por la discriminación contra Karen Atala en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas. El caso también se relaciona con la inobservancia del interés superior de sus hijas, cuya custodia y cuidado la Comisión consideró que fueron determinados en violación de sus derechos"[215].

A continuación la Comisión recomendó al Estado reparar a Karen Atala y sus hijas por las violaciones a sus derechos, y "*adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia*"[216]. El órgano de vigilancia estableció que el Estado de Chile no ha dado cumplimiento a la recomendación de reparar a las víctimas y que las medidas para prohibir y erradicar la discriminación implementadas por el Estado "*tienen carácter general y no se encuentran dirigidas a evitar la repetición de violaciones como las sucedidas en el presente caso*"[217]. La Comisión ha presentado el caso a la Corte IDH solicitando al órgano declare que el Estado de Chile incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la igualdad y la no discriminación, vida privada y familiar, familia y protección de las niñas, garantías judiciales y protección judicial, todas obligaciones establecidas en la Convención Americana[218].

3. MEDIDAS CONTRA LAS ACTITUDES DISCRIMINATORIAS EN LA SOCIEDAD A TRAVÉS DE INICIATIVAS DE EDUCACIÓN PÚBLICA

En el ámbito educativo, a mediados del año 2005, el Ministerio de Educación avanzó en la formulación de una nueva política de educación sexual que incluye entre uno de sus temas la orientación sexual. Como parte de los cinco desafíos prioritarios a tratar con los y las adolescentes, la política consigna: "*Temas como: desarrollo psicosexual, afectividad y sexualidad, género, VIH/SIDA, abuso sexual infantil, embarazo adolescente y orientaciones sexuales, forman parte de la propuesta en su conjunto*"[219].

La Ley General de Educación (Ley Nº 20.370 en vigencia desde julio de 2010), incluye una disposición a favor de la no discriminación: "*Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar la probidad, el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria*"(artículo 5); y añade como deberes de los profesionales de la educación, "*ejercer la función docente en forma idónea y responsable* (...) *y tener un trato respetuoso y sin discriminación arbitraria con los estudiantes y demás miembros de la comunidad educativa*" (artículo 10). Aun cuando la legislación no es explícita respecto de la orientación sexual y la identidad de género, otorga un rango de protección de las personas con esta condición que se vinculen –como estudiantes, padres y madres, o apoderados/as– con el sector.

El Instituto está recabando información sobre las iniciativas específicas sobre no discriminación por orientación sexual e identidad de género que implementará la autoridad educativa. La sociedad civil, por su parte, entregó al Ministro el manual "Educando en la diversidad. Orientación sexual e identidad en las aulas", dirigido a informar y entregar orientación y estrategias académicas para abordar sin prejuicios el tema de diversidad sexual[220].

La calidad de la educación y la necesidad que el espacio educativo efectivamente propenda al desarrollo integral de los/as estudiantes –en coordenadas de respeto a los derechos humanos– han sido materias presentes en el debate público y ámbitos de preocupación del Estado. Sería oportuno que en las diferentes iniciativas de ley y de política pública –entre ellas las que prevengan y sancionen el bullyng– se incorporen medidas que apunten a reforzar el respeto de las diversidades y la no discriminación en la formación de niños/as y jóvenes, y en la cotidianidad de la comunidad educativa.

Adicionalmente a los aspectos aquí revisados, la sociedad civil en el EPU presentó información sobre discriminaciones

215 CIDH, comunicado de prensa 97/10, CIDH presenta demanda sobre Chile ante la Corte IDH.

216 CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana en el caso de Karen Atala e Hijas, caso 12.502, contra el Estado de Chile. 17 de septiembre de 2010, párrafo 24.

217 Ibídem, párrafo 39.

218 Ibídem, párrafo 153.

219 Ministerio de Educación y Cultura MINEDUC (2005). Plan de Educación en Sexualidad y Afectividad. Santiago.

220 La herramienta fue producida por el Movilh, y se puede acceder a ella en: www.movilh.cl

por orientación sexual e identidad de género en los ámbitos de la salud, de la educación y en relación con el derecho a la intimidad, al matrimonio y la vida familiar bajo un esquema de igualdad[221]. El Estado está llamado a erradicar de la legislación, la práctica judicial y la política pública todo aquello que vulnere el principio de igualdad y no discriminación para las personas GLBTTI, y dar señales a la sociedad que promuevan relaciones respetuosas de sus derechos, derriben prejuicios y eliminen prácticas de violencia con esta población.

221 Ibídem, párrafo 45.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Los derechos de niños, niñas y adolescentes están consignados en la Convención de los Derechos del Niño, vigente en el país desde 1990. A lo largo de estas décadas, el Estado ha adoptado legislación e implementado políticas públicas que transformen su condición de objetos de derecho a sujetos progresivos de derecho.

A pesar de estos esfuerzos, se observan insuficiencias en el cumplimiento de las obligaciones del Estado hacia esta población. Preocupa la deserción del sistema educativo de niños, niñas y adolescentes, particularmente en razón de situaciones de pobreza y, en el caso de las jóvenes, como consecuencia de maternidades tempranas. Vinculado a lo anterior, es motivo de preocupación la persistencia del trabajo infantil, especialmente en sus peores formas. Esta situación exige del Estado esfuerzos sostenidos y asignación de recursos suficientes que garanticen a niños, niñas y adolescentes acceder a educación de calidad y permanencia en el sistema educativo de manera que sus posibilidades y oportunidades de desarrollo no sean conculcadas.

En materia de responsabilidad penal adolescente, preocupa la opción preferente por privar de libertad a los/as infractores, sin esfuerzos consistentes por buscar otras alternativas cuyo énfasis se centre en la rehabilitación y reinserción en la sociedad.

Finalmente, se requiere adoptar una legislación que tipifique el delito de trata en el país de acuerdo con los estándares internacionales, es decir, que castigue tanto la internacional como la interna, y que incluya entre sus fines no sólo la explotación sexual, sino también aquella que se produce con fines laborales, entre otros. Aun cuando este delito afecta a mujeres y hombres de todas las edades, es particularmente lesivo cuando sus víctimas son niñas, niños y adolescentes.

I. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y NO DISCRIMINACIÓN

1. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y DERECHOS HUMANOS

Uno de los grupos en situación de vulnerabilidad permanente son los niños, niñas y adolescentes; esta realidad responde, en parte, a que son padres, madres y el Estado quienes toman decisiones por ellos y ellas en razón de su falta de autonomía o de discernimiento por razones de edad. Esto a pesar que el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño señala, para todo/a infante o adolescente, el goce de derechos "*en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*".

A esta condición de objetos de derecho –más que sujetos progresivos de derechos– cabe agregar que además los niños, niñas y adolescentes están expuestos a situaciones de discriminación por pertenecer a otros grupos o colectivos socialmente desaventajados. Así entonces, el respeto por los derechos de los niños, niñas y adolescentes pasa por reconocimiento de su condición de sujetos de derecho, a lo que se agrega la tarea de superar la vulnerabilidad de su ambiente social y familiar cercano.

El derecho internacional de los derechos humanos ha mostrado especial preocupación por la situación de los niños, niñas y adolescentes, dando lugar a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Su formulación implicó un "*proceso de generalización de los derechos humanos, incorporando a los niños y adolescentes al goce de la calidad de sujetos de derecho. En ella se establece para el Estado, las familias y la comunidad en general, una serie de obligaciones cuyo cumplimiento es necesario para que se hagan realidad*

los principios y derechos que se reconocen a todos los niños, niñas y adolescentes"[222]. El Estado chileno ratificó el tratado durante el gobierno del Presidente Patricio Aylwin.

La Convención establece obligaciones para los Estados que permiten a los niños y las niñas desarrollarse en un entorno de cuidado y cariño, y les otorga herramientas necesarias para enfrentar la vida adulta de manera autónoma e independiente. Los niños, niñas y adolescentes, por más jóvenes que sean, son titulares de derechos y no plantearlo así constituye una discriminación arbitraria en razón de la edad de la persona.

La aprobación de la Convención y de sus dos Protocolos Facultativos ha significado avanzar en la protección de los derechos de esta población. Los Protocolos atañen a la participación de niños en conflictos armados, el primero, y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el segundo. Chile ha ratificado todos estos instrumentos.

El sistema interamericano también ha propiciado la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 19 que "*todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*". Debido a lo genérico de esta referencia, constantemente tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han hecho referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que "*tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana*"[223].

Junto a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con una Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, facultada para prestar asesoría en peticiones que conozca la CIDH, proponer medidas cautelares y provisionales, desarrollar estudios especiales, realizar visitas a países y en general, llevar a cabo toda actividad de promoción sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, la protección de los derechos de esta población requiere proteger a sus familias, sea cual sea su composición, con el objeto de mejorar el entorno de desarrollo en un ambiente de cariño y respeto.

2. OBSERVACIONES AL ESTADO DE CHILE

En el caso de Chile, el sistema de protección internacional y regional de los derechos de niños y niñas ha constituido un soporte fundamental para el fortalecimiento de instituciones y legislación en la materia, como es el caso de la eliminación de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, el establecimiento de una responsabilidad penal especial para adolescentes, y el establecimiento de la figura del curador ad-litem para que defienda los intereses de los niños, niñas y adolescentes en juicios de familia. Con todo, aún subsisten aspectos críticos en torno a los cuales el Estado tiene el deber de adoptar las medidas correspondientes.

El Comité de Derechos del Niño realizó, con ocasión de la presentación del informe de cumplimiento por parte del Estado de Chile, una serie de recomendaciones especialmente en materia de protección judicial a los/as menores de edad, difusión y protección de derechos, políticas públicas desde el interés superior del niño y protección de su integridad física y psíquica, entre otras recomendaciones[224].

Uno de los problemas centrales verificados por el Comité fue que "*la legislación y la política actuales no tengan en cuenta el principio de interés superior del niño. Toma nota además de que la actitud paternalista frente a los niños afecta a su capacidad de ejercer los derechos*"[225]. Esta garantía –de velar por su interés superior– se ha transformado en ocasiones en un argumento para prescindir de la opinión de los niños, niñas y adolescentes.

Parte de esta garantía implica reconocer al niño, niña o adolescente como sujeto de derechos y, por tanto, capaz de expresar su opinión tanto dentro de la familia, como

222 www.unicef.cl

223 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párrafo 37; y Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 194.

224 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Finales: Chile. CRC/C/CHL/CO/3, del 23 de abril de 2007.

225 Ibídem, párrafo 32.

también ante autoridades administrativas o judiciales, en especial para que ésta sea considerada en las decisiones que se adopten.

Del mismo modo, el Comité de Derechos del Niño señaló que "*aunque celebra las iniciativas del Estado Parte de combatir la explotación económica con el apoyo técnico del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT/IPEC), el Comité expresa su preocupación por el gran número de niños que son víctimas de explotación económica, y en particular su alarma ante el gran número de niños que están expuestos a trabajos peligrosos o degradantes*". Por lo mismo recomendó al Estado "*que prosiga y redoble los esfuerzos, en particular previendo las asignaciones presupuestarias necesarias, para prevenir y combatir la explotación económica de los niños mediante la ejecución efectiva del Plan de Acción Nacional, en colaboración con la OIT/IPEC y el UNICEF*"[226].

El Convenio 182 de la OIT señala respecto al trabajo infantil que el Estado "*deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia*"[227].

Por su parte, el Grupo de Trabajo del EPU hizo al Estado recomendaciones de adoptar medidas para que las personas entre 14 y 18 años de edad sean juzgadas por un régimen especial de responsabilidad penal; la lucha contra las peores formas de trabajo infantil y la garantía a todos los niños, niñas y adolescentes en el acceso a la educación. Otros asuntos abordados fueron la lucha contra la trata de seres humanos –que afecta de manera particular a niños, niñas y adolescentes– y la necesidad de garantizar la tramitación expedita de inscripción e identidad de los niños/as refugiados. Finalmente, un último punto sobre el cual el Estado chileno se pronunció no obstante que no había sido objeto de comentario por parte del EPU, fue la violencia infantil, en especial, la eliminación del castigo corporal [228].

226 CRC/C/CHL/CO/3, Op. Cit., párrafos 65 y 66.

227 Convenio 182 OIT referente a las peores formas de trabajo infantil, artículo 1. El Convenio señala que estas son: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

228 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, CHILE. A/HRC/12/10, del 4 de junio de 2009, párrafo 96, Nos 28, 68 y 84, respectivamente.



II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

1. ACCESO A LA EDUCACIÓN

Uno de los aspectos principales de preocupación para el EPU fue el acceso a la educación por parte de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Por lo mismo, el Estado chileno se comprometió a "*seguir garantizando a todos los niños –especialmente los de las comunidades indígenas, los niños refugiados y los niños de familias de zonas rurales o bajo el umbral de pobreza– un acceso efectivo a la educación, y adoptar medidas eficaces de lucha contra los factores que los excluyen del sistema educativo*"[229].

En primer lugar, cabe señalar como un avance sustantivo la reforma a la Constitución Política que establece la obligatoriedad de la educación media de forma gratuita "*destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad*" (inciso 5 del artículo 19 N° 10). Ello consolida la posición de Chile como uno de los países dentro de la región con la menor tasa de deserción y uno de los con mayor accesibilidad a la educación.

No obstante lo anterior, el desafío está en eliminar los obstáculos que impiden que niños, niñas y adolescentes continúen con sus estudios. El acceso a la educación implica no solamente el ingreso a establecimientos educacionales, sino además establecer todas las medidas pertinentes para que factores como la pobreza o el embarazo adolescente no sean motivos de deserción escolar.

Las cifras que entrega la última encuesta Casen señalan que de la población entre 6 y 13 años, un 0.9% no asiste a un establecimiento educacional, cifra que aumenta a cerca del 7% en el tramo 14 y 17 años[230]. Las cifras muestran que en la educación media es donde la deserción aumenta. La desagregación de los datos visibiliza que el problema se presenta sobre todo en la educación municipal –1.8% en la básica y 6.7%, en la media– lo que contrasta con la educación particular pagada donde la deserción en ningún caso sobrepasa el 1%[231].

El trabajo infantil tiene directa relación con la deserción escolar en la medida que "*una actividad que demande más de media jornada o incluso más de la jornada completa establecida por ley (48 horas semanales) puede constituirse como razón de abandono de estudios o dejarlos con escaso tiempo para recreación y descanso, lo que les impide desarrollar plenamente sus potencialidades intelectuales y humanas*"[232]. En el caso de las adolescentes embarazadas, la situación es similar ya que "*desde la perspectiva sociocultural, la adolescente embarazada limita sus oportunidades de estudio y trabajo, puesto que la mayoría de ellas se ve obligada a desertar del sistema escolar, quedando la adolescente con un nivel de escolaridad muy bajo que no le permite acceder a un trabajo digno que le permita satisfacer, al menos, sus necesidades básicas*"[233].

La recomendación aceptada por el Estado chileno fue mucho más específica; no solo establecía garantizar el acceso a la educación, sino también "*adoptar medidas eficaces de lucha contra los factores que los excluyen del sistema educativo*"[234], por lo que se requiere que el Estado establezca garantías para que el trabajo infantil o el embarazo adolescente no constituyan obstáculos para la permanencia en los establecimientos educacionales.

2. RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

En la presentación ante el EPU, el Estado chileno aceptó "*adoptar todas las medidas necesarias para que las personas de entre 14 y 18 años de edad sean en toda circunstancia juzgadas por un sistema de justicia de menores especializado, que prevalezca el interés superior de los delincuentes juveniles con miras a su satisfactoria reintegración en la sociedad y que la privación de libertad sólo se emplee como último recurso en el caso de los niños*"[235].

229 Ibídem, párrafo 96, Nº 56.
230 Para más información ver http://www.mideplan.cl/casen/Estadisticas/educacion.html
231 Para más información ver http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Educacion
232 OIT, MINTRAB e INE (2003). Encuesta Nacional de Trabajo Infantil 2003. Disponible en www.trabajoinfantil.cl
233 Molina et al. (2004, p. 66).
234 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, Nº 56.
235 Ibídem, párrafo 96, Nº 50.

El año 2007 entró en vigencia la Ley N° 20.084 que establece un sistema de régimen de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (LRPA), dando con ello cumplimiento a las obligaciones internacionales en el sentido de aplicar una legislación diferenciada entre adultos y adolescentes, cuyo pilar fuera la resocialización y evitar que el/la adolescente entrara de manera continua en acciones delictivas. De hecho, su artículo 20 establece como finalidad de la sanción "*hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social*".

Lo anterior en concordancia con el artículo 40 de la Convención de Derechos del Niño que establece que "l*os Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortaleza el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad*".

No obstante, la ley ha sido objeto de debate en su aplicación. En efecto, las normas e instituciones que consagra dependen de la orientación que las autoridades quieran darle pudiendo incluso reforzarse la orientación punitiva por sobre la de resocialización. En la práctica no es la ley la que establece los límites en la aplicación de la LRPA, sino que la autoridad competente, lo que puede llevar al uso inmediato de la privación de la libertad contrario a los estándares existentes en la materia.

Como consecuencia de lo anterior, se observa un aumento de adolescentes sancionados en centros del SENAME. En una evaluación realizada por la institución se indica que entre marzo de 2008 y marzo de 2010, la población adolescente en sus centros a consecuencia de la aplicación de la Ley N° 20.084 ha aumentado en 92.9%[236]. A octubre de 2010, SENAME informó al INDH que la cifra alcanza a 12.923 jóvenes[237]. Una de las conclusiones sobre el uso de esta ley en su primer año de vigencia por parte del Ministerio de Justicia fue que "*una alta utilización de la medida cautelar privativa de libertad (internación provisoria), que comprime el uso de plazas destinadas para sanciones en sistema cerrado y dificulta trabajo de reinserción por transitoriedad de la misma medida (79 días promedio)*"[238]. Esta situación evidencia el uso inmediato de la privación de libertad, lo que no está acorde con el estándar de uso restringido señalado por la comunidad internacional. Específicamente, la Asamblea General de la ONU ha señalado que "*La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo*"[239].

Del mismo modo, las condiciones en que se encuentran los/as adolescentes privados/as de libertad son precarias. Varios problemas han sido detectados por parte del Comité Interinstitucional de Supervisión (CISC)[240]. Para el Ministerio de Justicia, el resultado de las observaciones realizadas por este Comité no es bueno: "De los informes es posible concluir que existen insuficiencias en la infraestructura y seguridad de los centros; los funcionarios que trabajan al interior de los mismos no cuentan con la adecuada y suficiente capacitación; las políticas de segregación y salud se deben mejorar sustancialmente y especialmente la oferta programática relativa a escolarización, resocialización y rehabilitación requiere de importantes modificaciones"[241].

Finalmente, cabe agregar que para introducir profundos cambios en la institucionalidad gubernamental existente en la materia, se requiere de una asignación de fondos adecuada por parte del Estado para el logro de las metas, con capacidad para cubrir todas las necesidades que surjan en el proceso de implementación.

236 SENAME (2010), Informe de Diagnóstico de la Implementación de la Ley 20.084, junio 2007- marzo 2010, p. 33. Disponible en www.sename.cl

237 Oficio N° 3459 del 30 de noviembre 2010.

238 Balance del Primer año de funcionamiento de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en www.justiciapenaladolescente.blogspot.com, publicado con fecha 4 de junio de 2008.

239 Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113 de fecha 14 de diciembre de 1990, par. 2.

240 Este Comité y sus funciones están regulados por el reglamento de la Ley N° 20.084, artículo 90 y ss.

241 Ministerio de Justicia (2010). Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de los Centros Privativos de Libertad de Adolescentes, p.2. Disponible en: www.minjusticia.cl

3. TRABAJO INFANTIL

Una de las recomendaciones aceptadas por el Estado chileno ante el EPU fue "*luchar debidamente contra las peores formas de trabajo infantil y erradicarlas y seguir enfrentando el problema de los niños de la calle y el trabajo infantil*"[242]. Según el estudio realizado por la OIT, el Ministerio del Trabajo y el Instituto Nacional de Estadísticas, el año 2003, "*en el país existen 196.104 niños y adolescentes (entre 5 y 17 años) ocupados, independiente de su inserción escolar. De éstos, 93 mil tienen entre 5 y 14 años y 102 mil entre 15 y 17 años*". De este total, 107.676 niños(as) y adolescentes realizan trabajos inaceptables, lo cual corresponde a un 3% de la población nacional entre 5 y 17 años. Un 7,1% corresponde a hombres, mientras que un 3,7% a mujeres. Asimismo, las tres áreas en que se concentra el trabajo de niños, niñas y adolescentes son: comercio, agricultura y, en servicios personales, comunales y sociales. Lamentablemente esta es la única encuesta nacional al respecto, por lo que es necesario nuevos estudios que aporten datos recientes para saber qué tan diferente es la realidad siete años después.

En cuanto a las horas de trabajo, el mismo estudio revela que "*más de la mitad de los niños menores de 15 años trabaja menos de 14 horas a la semana, lo que permitiría evaluar la situación como de menor gravedad. Especialmente si se trata de algunas horas de apoyo a los padres, principalmente, para los niños entre 12 y 14 años. Persiste de todas formas, un 28,2% de los niños que trabaja más de media jornada, e incluso algunos que laboran 49 horas y más, a la semana, lo que es absolutamente incompatible con la vida que le corresponde a un niño entre 5 y 14 años*"[243].

Para las familias de menores recursos, el trabajo infantil es un recurso ante la pobreza: "*los ingresos que provienen del trabajo de los niños se consideran cruciales para su supervivencia o para la de la familia*"[244]. Más aún, el trabajo infantil se incrementa agudamente cuando a la precariedad económica se suman situaciones de emergencia o desastres naturales que impactan particularmente en las condiciones de vida de los más pobres.

4. TRATA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El Estado de Chile ante el EPU aceptó "*adoptar nuevas medidas para luchar contra la trata de seres humanos, como la promulgación de legislación específica y la realización de un estudio exhaustivo de las causas y la amplitud de la trata de personas, que contemple los países de origen, tránsito y destino*"[245]. Si bien la recomendación no hace una alusión específica a niños, niñas y adolescentes, la realidad muestra que este grupo junto a las mujeres son los que son objeto especialmente de trata. Según la Oficina en Chile de la Organización Internacional para las Migraciones "*la Trata de Personas es una realidad en Chile, como lo comprobó el último informe (2007) del Departamento de Estado Norteamericano, que define al país como de origen, tránsito y destino de trata de personas, especialmente mujeres, niños, niñas y adolescentes para explotación sexual*"[246].

Un estudio de la ONG Raíces patrocinada por la OIM sobre explotación sexual de niños, niñas y menores en la I, V y Región Metropolitana, identificó "*52 casos de niños/as víctimas de trata; en el 74% de ellos se consigna trata interna no contemplada en la actual legislación*"[247].

Así, el aspecto más urgente respecto a la trata de niños, niñas y adolescentes es la promulgación de una legislación específica que sancione como delito la trata, que abarque los distintos espacios donde esta se produzca. En Chile, la legislación al respecto es escasa toda vez que el Código Penal sanciona aquel o aquella que "*promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero*" (artículo 367 bis). Esta normativa no se adecua a los estándares internacionales, puesto que "*no sanciona la trata interna, es decir, deja impunes a aquellos que trasladan personas dentro del territorio nacional con el objetivo de ex-*

242 A/HRC/12/10, párrafo 96, Nº 53.
243 OIT, MINTRAB e INE, Op. Cit.
244 Servicio Nacional de Menores (2004). Estudio sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes en peores formas de trabajo infantil: una aproximación cualitativa. Santiago, p. 14.
245 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, Nº 36.
246 Organización Internacional para las Migraciones, Los desafíos de las Migraciones en Chile 2008, p. 13. Para más información ver www.oimchile.cl
247 Raíces (2010). Trata de Personas. Avances y desafíos en la realidad chilena. En: www.ongraices.org

plotarlas (cualquiera sea el tipo de explotación); y además no prevé otros tipos de explotación que no sea la sexual como lo establece el Protocolo: explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos"[248].

La reforma a esta norma debería adoptar el estándar del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo), que define la trata de personas como la *"captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación*"[249]. En esta definición el delito no es distinto si se produce en o fuera del país, y establece como objeto de la trata la explotación, cualquiera sea la forma en que esta se dé, lo que otorga un ámbito mayor de protección.

El proyecto de ley, en debate en el Congreso desde enero de 2005, define este delito incurriendo parcialmente en los mismos errores antes comentados. En efecto, define la trata de personas como "*las personas que de manera individual o asociativamente se dediquen a la captación, transporte, traslado, acogida, o recepción de personas, con fines de explotación sexual, ya sea recurriendo o a la amenaza o al ejercicio del secuestro, fuerza, engaño o coacción de la víctima*"[250]. Si bien no hace distinción entre trata interna o externa, relaciona la trata de personas con la idea de explotación sexual, siendo que el estándar internacional hace referencia de manera genérica a la idea de explotación, con lo cual incluye aquella con fines laborales, además de otras. En la región se conoce que la trata con fines de explotación laboral afecta particularmente a los niños y a los hombres adultos[251].

Las pocas investigaciones que existen en el país dan cuenta de la existencia del problema en Chile; los organismos estatales –entre estos la Policía de Investigaciones–, ONG y la ciudadanía a través de los medios de comunicación han conocido casos de trata interna e internacional, con fines de explotación sexual y de explotación laboral, que ha afectado a niñas, niños, mujeres y hombres, nacionales y extranjeros/as. Junto con la promulgación de una legislación que aborde el problema en su complejidad y magnitud, es necesario contar con recursos judiciales que protejan a las víctimas, políticas públicas que atiendan sus necesidades, y estrategias para sensibilizar a la sociedad respecto del problema.

---

248 OIM (2008, p. 14).
249 Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo), artículo 3a.
250 Boletín N° 3778-18 que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, artículo 2.
251 OIM (2008). Trata de Personas en Chile. En: www.oimchile.cl

POBLACIÓN CARCELARIA

El sistema penitenciario y la situación de las cárceles, en particular, están en crisis desde hace años. Desde los distintos poderes del Estado ha existido preocupación, y los órganos de los tratados así como la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado al Estado la necesidad de medidas eficaces para mejorar las condiciones de las personas privadas de libertad.

El hacinamiento y las inhumanas condiciones en que viven las personas privadas de libertad, la insuficiencia de recursos para la rehabilitación y la reinserción laboral, y la aplicación de regímenes de castigo contrarios a los estándares internacionales que protegen a esta población, son ejemplos de las principales vulneraciones de derechos de las que son objeto.

La decisión de construir nuevos establecimientos carcelarios y mejorar las condiciones de los y las reclusos/as en las existentes es muestra de la decisión de abordar el problema. Sin embargo, esto no agota la crisis. La política criminal carcelaria, consecuencia de una lógica penal persecutoria que castiga preferentemente los ilícitos con privación de libertad, está a la base del problema. Chile es el segundo país de la región con más población carcelaria, después de Estados Unidos.

El Consejo de Reforma Penitenciaria, recientemente creado, plantea en su informe la necesidad de adoptar medidas basadas en una política carcelaria moderna, acorde con los estándares internacionales, con énfasis en la rehabilitación y reinserción de la persona privada de libertad. Tal política debiera tener en cuenta las necesidades particulares que tienen reclusos y reclusas, en razón de sus condiciones de género. A ello es importante agregar la necesidad que Gendarmería se convierta en una institución con personal capacitado y dotado de insumos suficientes de manera que su acción sea respetuosa de los derechos de las personas privadas de libertad.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos tendrá entre sus prioridades observar si las medidas hoy diseñadas para mejorar las condiciones carcelarias y garantizar a las personas bajo este régimen sus derechos son efectivas. Al mismo tiempo, se requiere revisar la actual política de seguridad ciudadana, de manera de promover la adopción de mecanismos distintos al encierro en la perspectiva de la rehabilitación y reinserción social y económica de las personas privadas de libertad.

I. PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS

1. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Las personas privadas de libertad se encuentran en una relación de dependencia, subordinación y custodia respecto del Estado. Esta situación, sin embargo, no les priva de su condición de personas ni de todos aquellos derechos que no pueden ser afectados por las decisiones condenatorias o cautelares de los tribunales de justicia.

Su condición de encierro y de aislamiento de la sociedad las hace susceptibles de ser víctimas de abusos y de negligencias, ya sea de parte de otras/otros internas/os, o de funcionarios/as estatales. Esta situación ha motivado la permanente preocupación de la comunidad internacional por las condiciones de cumplimiento de la pena y la prevención y sanción de posibles situaciones de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos[252], los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos[253] y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a

252 Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

253 Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.



cualquier forma de detención o prisión[254], son algunos de los instrumentos internacionales de Naciones Unidas en los que se establecen derechos y garantías que resultan aplicables a las personas que se encuentran privadas de libertad.

En el Sistema Interamericano de derechos humanos, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, se cuenta con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas[255]. Este último instrumento se refiere al trato humano que deben recibir las personas privadas de libertad, e indica que "*será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (…) se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona*" (Principio I).

Las personas que se encuentran privadas de libertad son iguales ante la ley "*y tendrá(n) derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia (…) a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad*" (Principio II).

La Constitución de la República garantiza a las personas privadas la igualdad ante la ley, el acceso a la justicia y el derecho a la integridad física y síquica. Por supuesto, quienes se encuentran privados de libertad tienen derechos que guardan relación con la situación de reclusión en la que se encuentran, como el derecho a recibir visitas y al desencierro. Sin embargo, el sistema reglamentario que regula la condición del/la penado/a se regula por un simple decreto reglamentario.

2. OBSERVACIONES AL ESTADO DE CHILE

Los Estados integrantes del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal sugirieron a Chile continuar con la reforma y renovación de su sistema penitenciario para mejorar la situación de las personas privadas de libertad; impulsar más políticas "*de prevención, lucha y eliminación de la tortura, entre otras cosas mediante la adopción de una mejor definición de tortura conforme al artículo 1 de la Convención contra la Tortura*"; "*Investigar a fondo los presuntos casos de tortura, malos tratos y uso excesivo de la fuerza por parte de la policía y las fuerzas de seguridad y llevar a los responsables ante la justicia*"; y, "*seguir impartiendo educación y capacitación específica y práctica en materia de derechos humanos a todos los funcionarios penitenciarios, carabineros, la policía de investigaciones y gendarmería, exigirles plena responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos que puedan cometer y garantizar a las víctimas el acceso a recursos efectivos*"[256].

El Comité Contra la Tortura, por su parte, señaló durante el año 2009 que si bien tomaba nota de los esfuerzos realizados por el Estado para mejorar las condiciones carcelarias, "*le preocupan las informaciones recibidas sobre la persistencia de deficiencias en los centros penitenciarios, particularmente en lo relativo a las condiciones materiales, el hacinamiento y los abusos y sanciones injustificadas en la aplicación del régimen disciplinario*"[257]. Recomendó al Estado:

- Adoptar medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales de los centros penitenciarios, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad.

254 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

255 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26) Washington D.C., 13 de marzo de 2008.

256 Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. 12º período de sesiones, Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párrafo 96, Nos 35 y 44, respectivamente.

257 Comité Contra la Tortura, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Chile. 42º período de sesiones. Ginebra, 27 de abril a 15 de mayo de 2009, CAT/C/CHL/CO/5, 14 de mayo de 2009, párrafo 21.

- Establecer un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura.
- Establecer medidas de seguridad acordes con el respeto a la dignidad de las personas privadas de libertad, de manera que se eliminen las celdas de aislamiento.

El Estado ha recibido observaciones en sentido similar del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos del Niño[258], así como de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (agosto 2008).

El comité Contra la Tortura destacó como aspectos positivos la vigencia a partir del 11 de enero de 2009 del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; el compromiso del Estado de Chile de tipificar en un nuevo Código Penal el delito de tortura y la existencia de un área especializada en el Servicio Médico Legal "*dentro de su programa de Derechos Humanos, destinado a la aplicación del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul)*"[259].

258 CCPR/C/CHL/CO/, párrafo 16; y, CRC/C/CHL/CO/3, párrafo 38.

259 CAT/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 8.

En Chile, 55.722 personas se encuentran internadas en recintos carcelarios bajo sistema cerrado[260], en los cuales "*existen condiciones de hacinamiento agravadas por el deterioro de algunos edificios que sirven como centros de reclusión, lo que en ciertas circunstancias constituye una amenaza para la seguridad tanto de los internos como del personal penitenciario*"[261].

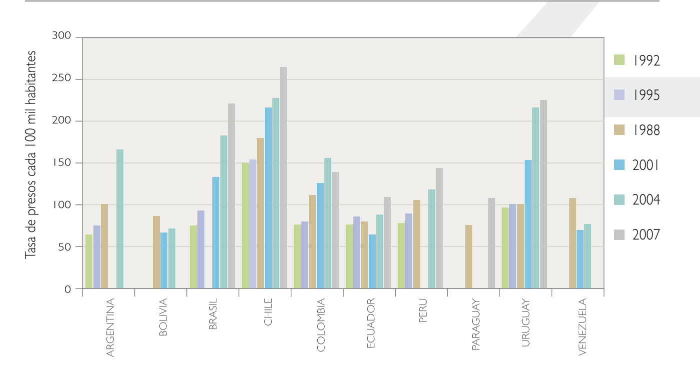
EVOLUCIÓN DE LA TASA DE AUMENTO DE LA POBLACIÓN PENAL ATENDIDA POR GENDARMERÍA DE CHILE (SISTEMA ABIERTO Y CERRADO)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
POBLACIÓN PENAL PROMEDIO	64.252	72.316	88.001	97.854	105.924	108.061
TASA DE AUMENTO (%)	-	12,55%	21,69%	11,20%	8,25%	2,02%

Nota: 2010, corresponde al promedio enero-septiembre.
Fuentes: Compendio Estadístico años 2005 al 2009, y estadística general penitenciaria mensual 2010.
Gendarmería de Chile[262].

Si se compara la tasa de población penal de Chile con la del resto de América Latina, puede observarse lo siguiente[263]:

SUDAMÉRICA
TASAS DE POBLACIÓN PENAL POR CADA 100 MIL HABITANTES



Según el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, "*la capacidad del sistema penitenciario es de 31.576 personas, lo que arroja un 55% de sobrepoblación: más de 17.000 personas fuera de la capacidad real. Según Gendarmería de Chile, más de veintitrés centros (de un total de 101) albergan el doble de internos de lo que deberían,* e *incluso hay recintos donde la sobrepoblación alcanzaría casi el 400%*"[264]. Asimismo, Gendarmería constata que la sobrepoblación de personas en el sistema cerrado de cárceles es de 21.686[265].

260 Oficio No. 2081/2010 del 19 de noviembre de 2010 de Gendarmería de Chile en respuesta a la solicitud de información presentada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.
261 Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Informe nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 a) anexo a la resolución 5/1 del consejo de derechos humanos. Chile. Quinto período de sesiones. Ginebra, 4 a 15 de mayo de 2009, A/HRC/WG.6/5/CHL/1 16 de febrero de 2009, párrafo 46.
262 Oficio No. 2081/2010 de Gendarmería de Chile, Op. Cit.
263 Dammert y Zúñiga (2008, p. 65).
264 UDP (2009, p. 88).
265 Oficio No. 2081/2010 de Gendarmería de Chile, Op. Cit.

A lo largo del país, la situación de sobrepoblación es la siguiente:

INFORMACIóN PROPORCIONADA POR EL DEPARTAMENTO DE INFRAESTRUCTURA AL 30.09.2010.

UNIDADES PENALES (Nota 1)		Población Penal al 30.09.10 (Nota 2)	Capacidad Según Diseño al 30.09.10 (Nota 3)	Índice de Sobrepoblación (Nota 4)	Acciones, planes y programas en cuanto a solución del problema de hacinamiento Inversiones Gendarmería de Chile (Nota 5)	
		Internos	Plazas	%	Obras en desarrollo año 2010	Proyectos año 2011
1	CP ARICA	2.250	1.100	105	Mantención Planta Tratamiento CP de Arica Cierro perimetral estanque impulsión CP Arica	Ampliación CP de Arica Ampliación CPF Arica
1	ARICA Y PARINACOTA	2.250	1.100	105		
1	CCP IQUIQUE	446	529	-16		Ampliación CCP Iquique
1	CDP POZO ALMONTE	342	111	208		
1	EP ALTO HOSPICIO	1.920	1.679	14		
3	TARAPACÁ	2.708	2.319	17		
1	CDP TOCOPILLA	327	215	52		
1	CDP CALAMA	610	290	110		Construcción CP Calama
1	CDP TALTAL	81	61	33		
1	CCP ANTOFAGASTA	1.285	664	94		Construcción EP Antofagasta
1	CPF ANTOFAGASTA	134	124	8		
5	ANTOFAGASTA	2.437	1.354	80		
1	CCP CHAÑARAL	219	121	81		
1	CCP COPIAPÓ	856	252	240	Acceso, circulación y registro visitas CCP Copiapó Reparación medidas seguridad perimetral CCP Copiapó	Construción CP Copiapó
1	CDP VALLENAR	222	151	47		
3	ATACAMA	1.297	524	148		
1	CDP OVALLE	285	208	37		
1	CDP COMBARBALÁ	14	18	-22		
1	CDP ILLAPEL	153	140	9		
1	EP LA SERENA	1.796	1.656	8		
4	COQUIMBO	2.248	2.022	11		
1	CDP PETORCA	57	52	10		
1	CDP LA LIGUA	146	58	152		
1	CCP SAN FELIPE	367	238	54		Construción CP V Región interior
1	CCP LOS ANDES	370	278	33		
1	CDP QUILLOTA	645	378	71		Ampliación de Capacidad CDP Quillota
1	CDP LIMACHE	367	122	201		
1	CP VALPARAÍSO	3.425	1.202	185	Mantención Serv. Básicos CP Valparaíso III Etapa UPFT CP Valparaíso	
1	CDP CASABLANCA	109	81	35		

UNIDADES PENALES (Nota 1)		Población Penal al 30.09.10 (Nota 2)	Capacidad Según Diseño al 30.09.10 (Nota 3)	Índice de Sobrepoblación (Nota 4)	Acciones, planes y programas en cuanto a solución del problema de hacinamiento Inversiones Gendarmería de Chile (Nota 5)	
		Internos	Plazas	%	Obras en desarrollo año 2010	Proyectos año 2011
1	CCP SAN ANTONIO	457	327	40	Obra recuperación CCP San Antonio	
9	VALPARAÍSO	5.943	2.736	117		Granja Educación y Trabajo Isla de Pascua
1	CDP PEUMO	307	105	192		
1	CCP RENGO	220	192	15	Obras de reconstrucción CCP Rengo Obras de habilitación CCP Rengo	Ampliación CCP Rengo
1	CCP SANTA CRUZ	315	200	58		
1	EP RANCAGUA	2.150	1.835	17		
4	O'HIGGINS	2.992	2.332	28		
1	CCP CURICÓ	782	302	159		
1	CDP CUREPTO	7	0	(Nota 6)	Obras de habilitación CDP Curepto	
1	CCP MOLINA	0	0	(Nota 6)	Obras de habilitación CCP Molina	
1	CDP CONSTITUCIÓN	27	20	35	Obras de habilitación CDP Constitución	
1	CCP SAN JAVIER	18	28	-36	Obras de habilitación CCP San Javier	
1	CCP LINARES	392	223	76		
1	CCP CAUQUENES	363	336	8	Obras de habilitación CCP Cauquenes	Ampliación CCP Cauquenes
1	CCP PARRAL	17	18	-6		Reposición CCP Parral
1	CCP TALCA	890	298	199	Obras de reconstrucción CCP Talca I (Muro poniente) Obras de reconstrucción CCP Talca II (sismo 27 feb.) Obras de habilitación CCP Talca (OO.CC. Pabellón B)	
1	CDP CHANCO	63	58	9		
1	CPF TALCA	103	44	134	Reparación Planta Tratamiento CPF Talca Reparación Sección Juvenil CPF Talca	
11	MAULE	2.662	1.327	101		
1	CDP QUIRIHUE	65	98	-34		
1	CDP SAN CARLOS	197	96	105		
1	CCP CHILLÁN	79	99	-20	Obras de reconstrucción CCP Chillán Obras de habilitación CCP Chillán	Reposición CCP Chillán Construción CP VIII Región interior
1	CCP BULNES	194	106	83		
1	CP CONCEPCIÓN	2.850	784	264	Obras de habilitación CCP Concepción (OO.CC. y elect.) Obras de reconstrucción CCP Concepción I (Cocina) Obras de reconstrucción CCP Concepción II (Módulos) Obras de reconstrucción CCP Concepción III (A. Tec.)	Reposición CCP El Manzano
1	CCP CORONEL	220	160	38		Reposición CCP Coronel

UNIDADES PENALES (Nota 1)		Población Penal al 30.09.10 (Nota 2)	Capacidad Según Diseño al 30.09.10 (Nota 3)	Índice de Sobrepoblación (Nota 4)	Acciones, planes y programas en cuanto a solución del problema de hacinamiento Inversiones Gendarmería de Chile (Nota 5)	
		Internos	Plazas	%	Obras en desarrollo año 2010	Proyectos año 2011
1	CDP YUMBEL	167	118	42		
1	CDP YUNGAY	106	76	39	Obras de habilitación CDP Yungay	
1	CDP ARAUCO	74	121	-39		
1	CDP LOS ÁNGELES	95	80	19	Obras de habilitación CDP Los Ángeles	Ampliación Capacidad CDP Los Ángeles
1	CDP LEBU	163	119	37		
1	CDP MULCHÉN	171	103	66		Reposición CCP Mulchén
1	CPF CHILLÁN	73	0	(Nota 6)		
13	BÍO BÍO	4.454	1.960	127		
1	CDP ANGOL	527	149	254	Obras de habilitación CDP Angol	
1	CCP VICTORIA	182	202	-10		
1	CDP TRAIGUÉN	167	114	46		
1	CDP CURACAUTÍN	60	80	-25	Obras de habilitación CDP Curacautín Mejoramiento Sist. Eléct. CDP Curacautín	
1	CCP LAUTARO	141	124	14		
1	CCP NUEVA IMPERIAL	290	166	75		
1	CCP TEMUCO	883	590	50		Construcción CP Temuco
1	CDP PITRUFQUÉN	183	120	53		
1	CDP VILLARRICA	379	182	108		
1	CPF TEMUCO	53	44	20		
10	LA ARAUCANÍA	2.865	1.771	62		
1	CCP RÍO BUENO	89	92	-3		
1	EP VALDIVIA	1.190	1.248	-5		
2	LOS RÍOS	1.279	1.340	-5		
1	CCP OSORNO	610	456	34		
1	CDP ANCUD	106	68	56		
1	CDP CASTRO	165	102	62		
1	EP PUERTO MONTT	1.260	1.245	1	Limpieza sist. alcantarillado CCP Puerto Montt	
4	LOS LAGOS	2.141	1.871	14		
1	CDP PUERTO AYSÉN	80	133	-40		Ampliación CDP Puerto Aysén
1	CCP COYHAIQUE	106	106	0		
1	CDP COCHRANE	18	25	-28		
1	CDP CHILE CHICO	30	30	0		
4	AYSEN	234	294	-20		
1	CDP PUERTO NATALES	51	65	-22		
1	CP PUNTA ARENAS	321	320	0		
1	CDP PORVENIR	21	35	-40		
3	MAGALLANES	393	420	-6		
1	COLINA I	2.010	1.990	1	Obras de habilitación CCP Colina 1	Ampliación Colina 1
1	CCP TALAGANTE	650	286	127		
1	CCP BUIN	0	0	(Nota 6)	Obras de habilitación CCP Buin	

UNIDADES PENALES (Nota 1)		Población Penal al 30.09.10 (Nota 2)	Capacidad Según Diseño al 30.09.10 (Nota 3)	Índice de Sobrepoblación (Nota 4)	Acciones, planes y programas en cuanto a solución del problema de hacinamiento Inversiones Gendarmería de Chile (Nota 5)	
		Internos	Plazas	%	Obras en desarrollo año 2010	Proyectos año 2011
1	CDP SANTIAGO SUR	7.200	2.268	217	Reparación portón acceso CDP Santiago Sur Demolición frontón y OO.CC. CDP Santiago Sur Obras habilitación CDP Santiago Sur I (Muro perimetral) Obras habilitación CDP Santiago Sur II (Sala Visitas) Remodelación calles y galerías CDP Stgo. Sur (Nos 5, 6 y 7) Remodelación Central de Alimentación CDP Stgo. Sur Remodelación baños funcionarios CDP Stgo. Sur Retiro de escombros CDP Santiago Sur Reparación Pasarela CDP Santiago Sur	
1	COLINA II	2.100	1.774	18	Obras de habilitación CCP Colina 2	
1	CDP PUENTE ALTO	1.795	1.385	30	Mejoramiento red de gas CCP Puente Alto Obras de habilitación CDP Puente Alto	
1	CDP SAN MIGUEL	1.875	632	197	Obras de habilitación CDP San Miguel Remodelación baños CDP San Miguel	
1	CPF SANTIAGO	2351	1.388	69	Fortalecimiento seguridad CPF Santiago (Garita NP) Remodelación baños CPF Santiago Obras de reconstrucción CPF Santiago Instalación planchas línea de fuego CPF Santiago	
1	U. ESP. ALTA SEGURIDAD	220	242	-9		
1	C.ESP. PUNTA PEUCO	50	115	-57	Obras de ampliación CCP y CPE Punta Peuco	
1	CCP CORDILLERA	10	18	-44		
1	EP SANTIAGO 1	3558	2.568	39		
12	METROPOLITANA	21.819	12.666	72		
88	TOTAL NACIONAL	55.722	34.036	64	Mantención grupos generadores a nivel nacional Recuperación de baños y luminarias a nivel nacional Mejorar Sistema de Visitas a nivel nacional	Proyecto Unidades Psiquiatricas Forenses Transitorias

Fuente: Gendarmería de Chile

Nota 1: Establecimientos Penitenciarios del Sistema Cerrado definidos en el Anexo del Of. © 292 de 30.12.2009 del Sr. Director Nacional

Nota 2: s/f

Nota 3: Información mensual remitida vía correo electrónico por el Subdepartamento de Control Penitenciario

Nota 4: Información registrada trimestralmente de los indicadores SIG 2010 remitida por las Direcciones Regionales

Nota 5: Método de cálculo empleado por el Departamento de Planificación para medir Sobrepoblación y Hacinamiento

Nota 6: Información solicitada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos a través de Ord. N° 30 de fecha 30.09.2010

Nota 7: Unidades desocupadas debido a fallas o colapso de tipo estructural producto del terremoto del 27.02.2010

Por otra parte, la oferta por trabajos que permitan a las mujeres y hombres privados de libertad reinsertase progresivamente en la sociedad es escasa. Según información aportada por Gendarmería, durante el año 2010 solo un 1,21% de la población carcelaria accede a los Centros de Estudio y Trabajo (CET), como puede apreciarse en el siguiente gráfico:

PORCENTAJE DE POBLACIÓN CARCELARIA QUE TIENE ACCESO A LOS PROGRAMAS DE LOS CET

ACCESO A CET	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	POBLACIÓN PENAL X AÑO	% ACCESO CET
2006	609	22	631	43602	1,45%
2007	659	25	684	48826	1,40%
2008	668	39	707	51164	1,38%
2009	745	52	797	56058	1,42%
2010	637	38	675	55722	1,21%

Fuente: Gendarmería de Chile.[266]

La sobrepoblación de los recintos penales ha motivado en los últimos años pronunciamientos de la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, la Contraloría General de la República y la Cámara de Diputados a través de una Comisión Especial Investigadora del Proceso de Concesiones Carcelarias.

La Fiscal de la Corte Suprema Mónica Maldonado identificó como las principales deficiencias en los establecimientos penales: (1) el hacinamiento, (2) los horarios de encierro y desencierro de los internos, (3) la alimentación de los internos, (4) la falta de políticas y planes de rehabilitación y la falta de actividades laborales, de capacitación, educación, deportivas, espirituales y recreativas, (5) deficientes condiciones sanitarias e higiénicas, (6) aplicación del castigo de internación en celda solitaria, y condiciones materiales en que se cumple esta sanción, (7) aislamiento de internos por razones de seguridad, y (8) muertes de internos en los penales[267].

Distinguió en su informe entre los establecimientos penitenciarios concesionados y no concesionados, indicando respecto de estos últimos que *"la condición de hacinamiento en los establecimientos (…) es generalizada, variando sólo en los porcentajes que representan con respecto a la capacidad del establecimiento"*[268].

En su informe, la Fiscal Maldonado estimó que "*la situación de hacinamiento se ve agravada por el hecho de permanecer los internos encerrados en sus celdas por espacio de aproximadamente 15 horas diarias, en celdas abarrotadas, que por lo general carecen de servicios higiénicos, y de adecuada ventilación y luz. Gendarmería ha trastocado el sentido de la norma que asegura 8 horas diarias de descanso para los internos, estableciendo 8 a 9 horas diarias de desencierro para la población penal, horario que hace imposible desarrollar actividades de rehabilitación que exigen la Ley Orgánica de Gendarmería y el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios*"[269]. Sobre las deficientes condiciones sanitarias e higiénicas, identifica como un problema crítico la falta de acceso a agua potable en algunos penales del país y señala que existen pésimas condiciones de higiene.

En relación al castigo de internación en celda solitaria que se impone a las/los internas/os y las condiciones materiales en que se cumple esta sanción, "*sigue constituyendo un trato cruel e indigno someter a una persona a encierro hasta por 10 días en celdas vacías de cualquier mueble, sin catre, colchón, frazadas, las que se les entregan en la noche; celdas que habitualmente no cuentan con luz natural ni eléctrica, la que entra por pequeñas celosías, muchas veces sin servicios higiénicos y sometidos a la buena voluntad de los Gendarmes para que sean sacados a hacer sus necesidades biológicas, o directamente provistos de tiestos plásticos para este fin; y sin acceso a lectura. En algunos casos, son encerrados entre 4 y 6*

266 Ibídem.

267 Informe de la Fiscal de la Corte Suprema Mónica Maldonado, presentado ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, en sesión del 1° de junio de 2009, para considerar los diversos problemas que afectan al funcionamiento del sistema carcelario, p. 5.

268 Ibídem, p. 5. Esta conclusión es coincidente con las observaciones que realizó el Relator de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH: "*los centros de detención concesionados ofrecen condiciones más dignas para los reclusos y sus familias, así como para el personal que allí trabaja. (…) En los centros de detención operados por el Estado se observó un alto nivel de hacinamiento pocas veces visto en la región, condiciones de insalubridad extrema que incluyen servicios precarios o deficientes de agua potable, alimentación, higiene y salud, así como pésimas condiciones de infraestructura y serias deficiencias o ausencia de verdaderos programas de readaptación social*". Relatoría de las Personas Privadas de Libertad. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de prensa Nº 39/08. Relatoría de las Personas Privadas de Libertad Concluye su Visita a Chile. En: http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2008/39.08sp.htm

269 Informe de la Fiscal de la Corte Suprema Mónica Maldonado, Op. Cit., p. 8.

internos en una misma celda, sin dotación suficiente de colchones. Finalmente, se ha constatado la reiteración de la sanción de internación en celda solitaria, sin recabar previamente la autorización del Juez del lugar para repetir esta medida"[270].

La información aportada por organizaciones de la sociedad civil al EPU refuerza este diagnóstico, constatando que "*el aumento explosivo de la población penitenciaria genera condiciones de hacinamiento y tratos crueles, inhumanos y degradantes vinculados al deficiente acceso a la salud, la alimentación, el agua y la educación para los internos, así como prácticas de violencia y castigo que constituyen casos de tortura (…) Las políticas de prevención y cuidado reforzado de las personas privadas de libertad y portadoras del VIH son claramente insuficientes*"[271].

El Estado informó al EPU la creación del Programa de Concesiones en Infraestructura Carcelaria[272], con una inversión inicial de más de "*280 millones de dólares sólo en la construcción y equipamiento de los diez recintos penales a lo largo de todo el país*", seis de los cuales están operativos. En forma adicional, señaló que construiría seis nuevas cárceles y mejoraría otros ocho recintos en los próximos cuatro años. En total, se contará con 16.335 nuevas plazas que "*equivale al 34 por ciento del total de la población condenada e imputada, con una superficie total construida de 440.271 metros cuadrados, que entrega un promedio de 27 metros cuadrados por recluso, aproximadamente. El diseño de los nuevos complejos penitenciarios considera una rigurosa segmentación de la población penal de acuerdo con su perfil criminológico; cuenta con celdas individuales para internos de máxima y alta seguridad y celdas colectivas con capacidad máxima para tres internos, todas con baños en su interior*"[273].

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que el crecimiento del número de personas privadas de libertad no ha estado acompañado de medidas dirigidas a controlar esta alza y, más bien, da cuenta de una política criminal concentrada en la privación de libertad como medida inmediata y no en la reinserción social de los/as internos/as.

Para el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, el problema ha estado en que "*la política criminal se ha desenvuelto, en los últimos años, en la línea del endurecimiento en la aplicación de la restricción de libertad, en lugar de avanzar hacia la racionalización de su aplicación*"[274]. Así, se ha construido una política pública a partir de la premisa que todo delito debe ser castigado con la privación de libertad, no dando espacio a las salidas alternativas que contempla la Ley N° 18.216. En efecto, al respecto se ha señalado que "*en una política criminal moderna estas salidas deberían ser mayoritarias, reservándose la cárcel para la criminalidad más grave. No ocurre así, y además el funcionamiento del sistema abierto es precario, lo que lo deslegitima frente a la comunidad, que no ve un seguimiento adecuado de estas sanciones. Todo ello potencia la creencia de que la única respuesta efectiva es la prisión*"[275].

Uno de los aspectos más relevantes a destacar es la creación del Consejo para la Reforma Penitenciaria, que fue instaurado durante el 2009 "*con el fin de generar un espacio de reflexión que permitiera consolidar una propuesta de política penitenciaria de cara al bicentenario de la República*". Este Consejo presentó en marzo del presente año un informe donde plantea algunos de los problemas principales del sistema penitenciario y recomienda medidas a adoptar para superar esta situación. Allí señala que "*es evidente que al generarse interés público por determinadas conductas que aparecen como reprochables para la opinión pública, una de las primeras medidas –sino la única– que se propone para enfrentarlas es la respuesta penal y en particular la cárcel*"[276].

Así, entre los problemas principales que constató está la ya comentada sobre población carcelaria, y agregó que la tasa de reclusión aumentó de 220 internos por cada 100.000 habitantes en el año 2000, a 318 durante el año 2009[277]. Esto de la mano con una reducción del uso de la libertad condicional, la cual bajó de 1.519 beneficiados en 1999 a 876 durante el 2008.

270 Ibídem, p. 13.
271 Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 C) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, Chile. Quinto período de sesiones. Ginebra, 4 a 15 de mayo de 2009, A/HRC/WG.6/5/CHL/3, 19 de febrero de 2009, párrafo 25.
272 A/HRC/WG.6/5/CHL/1, Op. Cit., párrafo 44.
273 Ibídem, párrafos 45, 46 y 47, respectivamente.
274 Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile (2009). Debates Penitenciarios, N°9, p. 4.
275 UDP (2009, p. 93).
276 Consejo para la Reforma Penitenciaria, Recomendaciones para una nueva política penitenciaria, 2010, p.1 y 4. Disponible en www.pazciudadana.cl
277 Ibídem, p. 22.

El Consejo planteó una serie de recomendaciones, donde destaca la creación del Servicio Nacional de Reinserción Social, que tendría como fin "*diseñar, implementar y ejecutar una variada gama de sanciones y medidas de resocialización distintas a la cárcel, que sean creíbles frente a la opinión pública y a la propia cultura institucional interna del servicio*". A nivel general esta institución "*se hará cargo de las medidas alternativas de la Ley Nº 18.216, las actividades de reinserción en el ámbito intramuros y la intervención postpenitenciaria, velando por la correcta ejecución de las medidas y sanciones y concreción del principio de la progresividad*"[278].

Junto con lo anterior, el Consejo propuso fortalecer el sistema de salida alternativa a la privación de libertad, a través del aumento de plazas en establecimientos penales especiales para la reclusión nocturna, ampliar la cobertura de los Centros de Reinserción Laboral y aumentar la cantidad y calidad de delegados de libertad vigilada. Igualmente, propuso racionalizar la privación de libertad "*entendiendo que no todo castigo penal debe manifestarse en la privación de la libertad*"[279].

Atender estas recomendaciones resulta fundamental para el fortalecimiento del sistema penitenciario, esto debido a que "*el énfasis puesto en la reinserción social, en la especialización de organismos de seguridad y control por una parte, y rehabilitación por otra, en la discusión de una estructura judicial de control de la fase de ejecución, entre otras medidas, contribuye a que Chile cumpla con los estándares internacionales de derechos humanos de los reclusos*"[280].

En parte producto de este informe, uno de los temas que públicamente asumió el actual gobierno en el campo de los derechos humanos dice relación con mejorar las condiciones en que viven las personas privadas de libertad. Así lo señala la visita del Ministro de Justicia a un centro penitenciario y la formulación de un plan de 11 medidas encaminadas a intervenir y modificar esta situación[281]. Este plan contempla compra de colchones y frazadas, fabricación de literas, mejoras en la alimentación de condenados e imputados y en materia sanitaria y sistema de luminarias. De igual manera, se propone el aumento de las horas de desencierro, medidas de cuidado y de salud en casos de situaciones de emergencias, mejoras en registro corporal a internos y del sistema de visitas. Incluye igualmente el fortalecimiento de asesoría espiritual, mejorar las condiciones de liberación, potenciar los centros de educación y trabajo (CET) y la seguridad al interior de los penales.

Las medidas anunciadas son muestra de una voluntad por parte del Gobierno de mejorar las condiciones carcelarias, entendiendo que los/as internos/as son sujetos de derecho. Sin embargo, no se hace referencia en ellas a las condiciones particulares que enfrentan las mujeres privadas de libertad. El Instituto no cuenta con información desagregada por sexo respecto de la sobrepoblación carcelaria. Esta información resulta vital si se considera que las mujeres privadas de libertad enfrentan dificultades derivadas no sólo de su condición de reclusas, sino de la discriminación que enfrentan como mujeres. Habitualmente pertenecen a los sectores más empobrecidos de la sociedad y desempeñan el rol "*prioritario de articuladoras del grupo familiar*"[282], situación que trasladan con ellas al recinto carcelario. Si bien Gendarmería cuenta con el programa Residencias Transitorias para Hijos de Madres Privadas de Libertad, se desconoce la cobertura e impacto en el abordaje de esta compleja situación.

Finalmente, deben ser consideradas las recomendaciones planteadas por el Consejo para la Reforma del Sistema Penitenciario, las cuales van en la línea de los estándares internacionales sobre la materia y plantean soluciones sustantivas para el régimen penitenciario en Chile.

278 Ibidem, p. 12.
279 Ibídem, p. 16 y 19.
280 UDP, (2010, p.121).
281 Anunciado el 15 de octubre de 2010.
282 Servicio Nacional de la Mujer, Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile (1997).Mujeres en conflicto con el sistema penal. Santiago, p. 92.

POBLACIÓN EN SITUACIÓN DE REFUGIO

Chile se ha constituido en un destino de personas que buscan mejores condiciones de vida y de quienes requieren de protección internacional. Respecto de las primeras, el Instituto evaluará su situación y ejercicio de derechos en el próximo año. En esta ocasión se observa el cumplimiento de obligaciones del Estado referidas a las personas que solicitan refugio en Chile, buscando resguardo a sus vidas, integridad y libertad.

La adopción este año de la Ley N° 20.430 sobre Protección de Refugiados constituye un hecho valioso, que deberá completarse con la adopción de un reglamento que facilite la aplicación efectiva de la legislación.

El principal derecho reconocido a la población refugiada es el de no devolución, y constituye una preocupación la constatación de procedimientos en la tramitación de solicitudes que comprometen este derecho. Al mismo tiempo, la población refugiada en el país enfrenta problemas para acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

I. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS/AS REFUGIADOS/AS

1. LA CONVENCIÓN DE 1951 Y LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA

Los instrumentos internacionales que tratan específicamente sobre la situación de los/as refugiados/as son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Complementario de 1967[283], que fueron ratificados por Chile en 1972. Estos instrumentos garantizan un conjunto de derechos y principios destinados a dotar de protección a quien por "*temores fundados de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*"[284].

Expresión de los dolorosos aprendizajes de la Segunda Guerra Mundial, las disposiciones de la Convención no serán aplicables a quienes han cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o de lesa humanidad; los que han cometido un grave delito común fuera del país; y quien ha atentado en contra de las finalidades y principios de las Naciones Unidas (artículo 1F).

Dentro de las principales disposiciones establecidas en estos cuerpos normativos está el principio de no devolución, en virtud del cual ningún Estado Parte podrá "*poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios done su vida o libertad peligre*" (artículo 33), obligación que se extiende al no rechazo en frontera del solicitante de refugio. Este principio es norma de ius cogens, igualmente afirmada en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22.8), y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 3). Consistente con la norma de no devolución, se estipula expresamente el principio de no sanción por ingreso clandestino y/o residencia irregular ilegal, a condición que la persona comparezca sin demora ante las autoridades nacionales y exponga su situación y necesidad de protección.

La Convención prohíbe la discriminación a las personas refugiadas. Se establece la obligación de los Estados de proporcionar igual trato que a sus nacionales en materia de educación elemental, acceso a la justicia, a la asistencia pública, derechos laborales, seguros sociales y libertad de circulación, y el reconocimiento del trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros en relación al empleo remunerado, enseñanza, acceso a vivienda y adquisición de bienes, entre

283 Adicionalmente a estos instrumentos está vigente el Acuerdo Marco con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, para Reasentamiento de refugiados en Chile, promulgado el 11.01.1999.

284 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 1.2, y Protocolo sobre el Estatuto del Refugiado, artículo 1.2.

otros aspectos. Los Estados –según el principio de ayuda administrativa– deben proporcionar a los/as refugiados/as documentos de identidad y de viaje[285].

A nivel regional, la Declaración Americana de 1948 (artículo 25) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22.7), en honor a una larga tradición en el continente americano, estipulan el derecho de toda persona a recibir asilo[286].

En 1984, en el contexto del desplazamiento forzado motivado por la crisis política en el itsmo centroamericano, se adopta la Declaración de Cartagena sobre Refugiados la que dentro de sus conclusiones recomienda ampliar el concepto consignado en la Convención de 1951 y su Protocolo Complementario, haciendo extensiva esta condición a todas las personas que "*han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión externa, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público*"[287].

En el desarrollo del derecho internacional de los refugiados, a nivel regional se debe destacar la Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina[288]. Se hace allí especial llamado a los Estados a definir políticas públicas con énfasis en un enfoque de edad, género y diversidad en la protección de los/as refugiados/as, al establecimiento de soluciones duraderas para la población víctima de desplazamientos y a la implementación de programas solidarios de asentamiento.

2. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES AL ESTADO DE CHILE

El Grupo de Trabajo del EPU destacó la adhesión de Chile al Plan de Acción de México y al programa solidario de reasentamiento para refugiados palestinos. Al mismo tiempo, observó la ausencia de una legislación en la materia que garantice los derechos de esta población, en particular la aplicación del principio de no devolución, y la necesidad de medidas específicas de protección a grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, las víctimas de tortura y los/as niños/as no acompañados/as[289].

La recomendación recoge los principales motivos de preocupación de los órganos de control de tratados. En particular, el Comité de Derechos del Niño, en el examen al Informe presentado por el Estado de Chile en abril de 2007, formula su inquietud por "*que los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes carezcan de acceso adecuado a los servicios de salud mientras se tramitan sus solicitudes en el sistema de registro nacional y que de hecho sufran discriminación al tratar de ejercer su derecho a la educación. Además, el Comité lamenta que ni en su informe ni en su respuesta a la lista de cuestiones el Estado Parte haya presentado suficiente información sobre la situación de los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes*"[290]. El Comité recomienda, entre otras medidas, que el Estado ratifique la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención de 1961 para reducir los casos de apatrídia, instrumentos internacionales que Chile aún no suscribe.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en septiembre de 2009, observa que en el país estos derechos en relación a la población migrante y refugiada, "*no están plenamente garantizados y el hecho de que en ocasiones son víctimas de discriminación, en particular los peruanos y los bolivianos*"[291].

Respecto de estos motivos de preocupación, el país informó en el EPU que "*desde 1997, había colaborado con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en programas de reasentamiento y acogido a personas de más de diez países. El caso más reciente era el de 116 ciudadanos palestinos*" y se comprometió a garantizar acceso efectivo a la educación, y "*adoptar medidas eficaces de lucha contra los factores que los excluyen del sistema* educativo" a los niños y niñas refugiados[292].

285 Ibídem, artículos 33.1, 31.1 y 3.
286 El asilo es una figura de carácter diplomático respecto de personas que buscan la protección de un Estado. En Chile es regulado en el artículo 34 del Decreto Ley 1094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros.
287 Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptada por el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984 Conclusión Tercera.
288 Suscrita el 16 de noviembre de 2004.
289 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile. A/HRC/12/10, del 4 de junio de 2009, párrafo 96, Nº 71.
290 CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 63.
291 CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafo 17.
292 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafos 61 y 71.

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

1. POBLACIÓN REFUGIADA Y SOLICITANTE DE REFUGIO EN CHILE

De acuerdo a datos de la Mesa de Trabajo en Materia de Refugio, en 2004 la población refugiada ascendía a 500 personas y el número de solicitudes por año no alcanzaba la centena. Al 2009, esta población es cercana a las 1.500 personas y se reciben anualmente alrededor de 850 solicitudes[293]. Por su parte, ACNUR informa que al año 2009 están pendientes de resolución 498 casos[294].

Durante el año 2009 se había reconocido la calidad de refugiados a 185 personas, el 91,35% de nacionalidad colombiana.

RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO POR NACIONALIDAD AÑO 2009.

PAÍS	VISACIONES DE REFUGIO AÑO 2009	%
Colombia	169	91,35
Turquía	4	2,16
Costa Rica	3	1,62
El Salvador	3	1,62
Congo, República Democrática(ex Zaire)	2	1,08
Ecuador	1	0,54
Irak	1	0,54
Jordania	1	0,54
Perú	1	0,54
TOTAL	185	91,35

Fuente: Registro de permisos de residencia otorgados en Chile. Sistema B3000. Departamento de Extranjería y Migración. Ministerio del Interior

La información disponible no da cuenta de la edad y el sexo de las personas reconocidas. En el diagnóstico realizado por la Mesa de Trabajo se advierte la "*carencia de registros adecuados para el conocimiento de la población refugiada: la producción estadística que permita esbozar un sólido perfil sociodemográfico de la población refugiada acusa serias imperfecciones. El sistema de almacenamiento de datos oficial no permite procesar cortes y cruces básicos para ello*"[295]. La consecuencia de la falta de información se puede traducir en ausencia de políticas públicas necesarias para atender las necesidades de la población refugiada, o en políticas inadecuadas y sin impacto.

Tampoco se conoce sobre solicitudes pendientes, tasas de incremento o disminución en la concesión del estatus de refugiado/a, y los tiempos de demora en la resolución de un caso, toda información útil para conocer el cumplimiento del Estado en sus obligaciones con esta población que requiere protección, y adoptar medidas que avancen en su satisfacción.

2. LA LEY N° 20.430 SOBRE PROTECCIÓN DE REFUGIADOS

Con la adaptación de la Ley N° 20.430 sobre Protección de Refugiados[296] en 2010, Chile cumple un deber pendiente señalado por los órganos de tratado y el Grupo de Trabajo del EPU. La normativa es aplicable tanto al solicitante como al titular de la condición de refugiado/a, desde que se encuentre en territorio nacional (artículo 1). De acuerdo al Mensaje que acompaña el proyecto de ley, se advierte que sólo regula la institución del refugio, no el asilo diplomático el que se mantiene regulado por la Ley de Extranjería[297].

293 Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior-ACNUR (2009). Diagnóstico participativo sobre atención a solicitantes de asilo y refugiados en Chile. Mesa de Trabajo en Materia de Refugio, Santiago, p. 3. En 2008, el gobierno emite el Instructivo Presidencial N° 9 sobre "Política Nacional Migratoria"; a su amparo, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior conforma la Mesa de Trabajo en Materia de Refugio, integrada por este Departamento, ACNUR y organizaciones de la sociedad civil. Una de sus principales acciones ha consistido en la elaboración de un diagnóstico sobre solicitudes de asilo y refugiados en Chile, cuyo diseño y desarrollo fueron encargados a ACNUR.

294 Disponible en: http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas/

295 Diagnóstico participativo, Op. Cit., p. 44.

296 Diario Oficial, 15 de abril de 2010.

297 "*De esta manera, se ha preferido tratar separadamente dos instituciones que, si bien persiguen objetivos comunes, tienen distinto origen y aplicación. En efecto, el asilo diplomático no ha tenido una aplicación numerosa como el refugio, sino que más bien se ha utilizado en situaciones de marcado tinte político y de origen latinoamericano. Por lo tanto, la regulación del asilo continuará rigiéndose en lo que corresponda por la Ley de Extranjería.*" Mensaje 017-357. de S.E. la Presidenta de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley de Protección de Refugiados. 26-03-2009. Historia de la Ley 20.430. p. 5. En www.bcn.cl



La ley se hace cargo de un concepto amplio de refugiado/a, recogiendo la definición de la Convención de 1951 y aquella contenida en la Declaración de Cartagena de 1984. Incorpora el principio de no devolución, y agrega que "*aquellos solicitantes de la condición de refugiado que no hubieran obtenido el estatuto de tal, podrán solicitar un permiso de permanencia en el país, de conformidad con la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile".* Señala, igualmente, que las disposiciones se aplican sin distinción y, en las prohibiciones de discriminación incluye "*por cualquier otra situación*"[298].

Al mismo tiempo, reconoce al refugiado/a el derecho a la reunificación familiar señalando que el estatuto se extenderá al/la cónyuge y "*a las personas con la cual se halle ligado por razón de convivencia, sus ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela*" (artículo 9).

La ley establece la exoneración de responsabilidad por ingreso y/o residencia irregular, pero impone a la persona dar aviso dentro de los 10 días siguientes a la fecha de infracción a la autoridad competente (artículo 6). De acuerdo con información del Sistema de las Naciones Unidas en Chile, la principal vía de ingreso de solicitantes de refugio se da en la frontera norte y "*si bien en un primer momento los ingresos se realizaban en forma regular por el paso Chacalluta (Arica-Tacna), últimamente se ha observado que muchos ingresan en forma irregular por el paso Colchane (frontera con Bolivia), a través de redes de tráfico de personas*"[299]. Difícilmente esta población conocerá del plazo perentorio que la ley establece, con lo cual se verá afectada su posibilidad de permanencia y de protección.

La ley prescribe que los/as solicitantes y quienes ostentan la condición de refugiados/as gozarán de todos los derechos consagrados en la Constitución, la ley, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y los estipulados en los tratados referidos al refugio de los que el Estado de Chile es parte. Al mismo tiempo, en relación a los derechos de acceso a la salud, la educación, la vivienda y el trabajo, equipara al refugiado a la condición de extranjero (artículo 13). Las circunstancias y las motivaciones del refugio (persecución, riesgo o exposición a atentados al derecho a la vida, la integridad y libertad), la indocumentación o documentación insuficiente que las más de las veces afecta a las personas en esta condición, caracterizan esta especial forma de migración forzosa. Esto supone que el Estado tiene que hacer mayores esfuerzos de acogida para, por ejemplo, garantizar el acceso a la educación de niños, niñas y jóvenes aun cuando no puedan acreditar sus años de estudio con documentos de sus países. El diagnóstico realizado por la Mesa de Trabajo muestra las dificultades de la población solicitante y la refugiada –en distintos grados– para acceder a trabajo y vivienda. La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales son parte del deber de protección que cabe al Estado y de equiparación de derechos con nacionales y extranjeros/as residentes. Más aún, su vulneración puede afectar la garantía de no devolución puesto que la ausencia de protección social y económica hace ilusoria la permanencia en el país de acogida. En este sentido, es necesario fortalecer el trabajo de acogida que hacen distintas organizaciones de iglesia y de la sociedad civil, a través de convenios entre el Estado y ACNUR, de manera que cuenten con recursos suficientes para el desarrollo de estas acciones de atención directa.

Mención particular merece la situación de las mujeres solicitantes de refugio y las refugiadas. Los medios de comunicación han informado que varias de ellas, en el norte del país, han debido recurrir al trabajo sexual para garantizar su subsistencia y la de sus familias. El Estado debiera investigar estas realidades, y tomar medidas que permitan a las mujeres el acceso al trabajo digno y recursos de protección efectivos cuando se vulneren sus derechos o sean objeto de violencia.

La adopción de la ley y que esta incluya los estándares de los instrumentos internacionales en varias de sus disposiciones es un avance importante. El Estado debiera completar el proceso con la correspondiente reglamentación de la norma a fin que su texto impacte favorablemente en la vida de las personas solicitantes y refugiadas, haciendo efectiva la protección y el ejercicio de derechos.

298 Ley Nº 20.430, artículos 4 y 8.
299 Sistema de las Naciones Unidas en Chile. Evaluación Conjunta del País. Santiago, p. 23.

3. LA SOLICITUD DE REFUGIO

La autoridad encargada de otorgar, cancelar, cesar o revocar la condición de refugiado es el Ministerio del Interior a través de Resolución del Subsecretario de dicha cartera. La Ley Nº 20.430 crea la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado que tiene por objeto asesorar a la autoridad y proveerla de la información necesaria para resolver las solicitudes (artículo 20).

En caso que la resolución sea desfavorable, el o la solicitante podrá recurrir ante la misma autoridad que dictó la resolución a fin de que esta se revise. Este sistema de impugnación no se aviene con el estándar de la doble instancia que exige el debido proceso, según el cual la revisión de las resoluciones debe hacerse por una autoridad distinta a fin de garantizar el derecho a un recurso efectivo.

La solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado/a se puede hacer en cualquier oficina de extranjería o ante la autoridad migratoria que se encuentre en un paso fronterizo, sin que este derecho se afecte en razón de la permanencia irregular en el territorio nacional (artículo 26). Presentada la solicitud, el/la solicitante y miembros de su familia acceden a visa de residente temporal por ocho meses prorrogables.

De acuerdo a información proporcionada por Fasic[300], un aspecto que preocupa es el establecimiento de la práctica de preadmisibilidad para el reconocimiento de la condición de refugio, procedimiento no contemplado en la ley, que incide negativamente en el derecho a acceder a la protección internacional por parte de las y los solicitantes de refugio. Esta situación afecta particularmente a las personas que ingresan por la frontera norte del país. El Programa Refugio del Obispado de Iquique constata que "*de los 303 casos registrados por el Programa Refugio Iquique en el periodo 2007-2009, 164 personas sufren el rechazo a su solicitud, siendo 40 de ellas además con abandono del país, según información dada por el DEM Iquique. Creemos que son muchos más casos de rechazo. Otro dato preocupante y clarificador es que durante el presente año a la fecha (noviembre) sólo se han aceptado 15 casos de nuevos solicitantes de refugio, siendo seis de ellos durante el periodo de la nueva ley de refugio*"[301].

Otra de las dificultades que se advierte en el proceso de reconocimiento es el tiempo de tramitación de las solicitudes, que conforme a datos proporcionados por ACNUR, puede durar hasta dos años. A ello se agrega el alto centralismo tanto de las agencias encargadas de prestar ayuda como de los órganos del Estado encargados de cursar la solicitud, aspectos que el Reglamento debiera abordar[302]. La evaluación conjunta del Sistema de Naciones Unidas puntualiza la necesidad de "*el fortalecimiento de la Mesa de Refugio, y las acciones que ésta pueda propiciar, contribuirán a enfrentar las tareas sectoriales en conjunto. Por último, será necesario profundizar la descentralización del sistema de refugio, así como evaluar la situación particular de la población de interés y de la comunidad refugiada en la frontera norte de Chile, fortaleciendo, por consiguiente, la institucionalidad pública y privada de la zona*".

Otro aspecto de obligada preocupación del Estado es la discriminación que afecta a la población refugiada en Chile. Son pocas las campañas dirigidas a transformar prejuicios y estereotipos sobre las personas de otros países –particularmente provenientes de países latinoamericanos y africanos– y estas generalmente han sido promovidas por organizaciones de la sociedad civil y de agrupaciones de migrantes, con el apoyo de Naciones Unidas. El Estado tiene aquí un deber insoslayable.

---

300 Información proporcionada al INDH por la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas –FASIC–, el 10 de noviembre 2010. FASIC es una de las agencias de la sociedad civil que desarrolla actividades de atención directa a población refugiada. FASIC ha documentado 22 casos de rechazo de preadmisibilidad, incluidos 7 hijo/as, 15 de nacionalidad colombiana y 7 de nacionalidad cubana.

301 Comunicación del Programa de Refugio del Obispado de Iquique al Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. Documento de análisis y propuestas del Programa Refugio del Obispado de Iquique para la elaboración del Reglamento de la Ley de Refugio Nº 20.430.

302 Mesa de Trabajo, Op. Cit.

BIBLIOGRAFÍA REFERIDA

Anaya, James (2006). Los derechos de los pueblos indígenas. En: Pueblos indígenas y derechos humanos, Mikel Berraondo (coord). Universidad de Deusto, Bilbao.

Andreau-Guzmán, Federico (2003). Fuero Militar y Derecho Internacional. Los Tribunales Militares y las Graves Violaciones a los Derechos Humanos. Comisión Internacional de Juristas, Bogotá.

Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales (2009). Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

Charlesworth, Hilary (1997). ¿Qué son los Derechos Humanos Internacionales de la Mujer? En: Cook, Rebecca (ed.). Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales. Asociación Pro Bienestar de la Familia Colombiana, PROFAMILIA, Bogotá.

Centro de Estudios de la Mujer CEM (2010). Cuidados, trabajo y parentalidad. Presentación de CEM ante la Comisión Mujer, Trabajo y Maternidad, 22 de junio de 2010.

CEPAL (2006). El Derecho a vivir una vida libre de violencia. Estado de situación en América Latina, desafíos y propuestas. Resumen ejecutivo. Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, trigésima novena sesión. México.

Comisión Internacional de Juristas (2009). Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2010). Sexualidad y Derechos Humanos. Ginebra.

Cook, Rebecca, Bernard Dickens y Mahmoud Fathalla (2003). Salud Reproductiva y Derechos Humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho. Editorial Oxford, Asociación Pro Bienestar de la Familia Colombiana (PROFAMILIA), Bogotá.

Courtis, Corina (2009). Diagnóstico participativo sobre atención a solicitantes de asilo y refugiados en Chile. Mesa de Trabajo en Materia de Refugio, Santiago.

Dammert, Lucía y Zúñiga, Liza (2008). La cárcel: problemas y desafíos para las Américas. Flacso, Santiago.

Díaz, Soledad y Schiappacasse, Verónica (2009). Derechos sexuales y reproductivos en el gobierno de Michelle Bachelet. En: ¿Género en el poder?. Observatorio de Género y Equidad, Santiago.

Dides, Márquez, Casas y Guajardo (2007), "Chile, panorama de sexualidad y derechos humanos". Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos e Instituto de Medicina Social.

Figueroa, Rodolfo (2000). Igualdad y Discriminación. Centro de Derechos Humanos. Universidad Diego Portales, disponible en: http://www.derechoshumanos.udp.cl/

FLACSO (2006). Cuotas de Género: Democracia y Representación.

Gómez, Magdalena (2006). El Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Pueblos Indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de Protección, agencias e instancias. En: Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel Brraondo (Coordinador). Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto España-Bilbao.

Mera, Jorge (ed) (2002). Hacia una Reforma de la Justicia Militar. Delito Militar, Régimen Disciplinario, Competencia y Organización. Cuaderno de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales, Santiago.

Molina, Marta, Cristina Ferrada y Ruth Pérez, Luis Cid (2004). Embarazo en la adolescencia y su relación con la deserción escolar. Revista Médica de Chile, v. 132. Sociedad Médica de Santiago, Santiago.

Movimiento de Integración y Liberación Homosexual Movilh (2009). Informe Anual, Derechos Humanos de la Diversidad Sexual. Santiago.

Olsen, Frances (2009). El sexo del Derecho. En: Desde otra mirada. Editorial Eudeba, Argentina.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (2010). Desarrollo Humano en Chile 2010. Género: los desafíos para la igualdad. Santiago.

Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual (2009). Femicidio en Chile. Santiago.

Seoane, Viviana (2006). Acción afirmativa: una política para garantizar el acceso y la permanencia en la educación superior. En: Caminos para la inclusión en la educación superior. Fundación Equitas, Santiago.

Stavenhagen, Rodolfo (2006). Los Derechos de los pueblos indígenas: esperanza, logros y reclamos. En: Pueblos indígenas y derechos humanos, Mikel Berraondo (coord.). Universidad de Deusto, Bilbao.

Rawls, John (2010). Teoría de la justicia. Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, México.

Yáñez, Nancy (2007). Reconocimiento de derechos de agua indígenas en Chile: impacto de la gran minería y la política de privatización de derechos de agua para los pueblos indígenas del norte. En: El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el nuevo trato. Editorial LOM, Santiago.



VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS

3 VIOLACIONES GRAVES A LOS DERECHOS HUMANOS

Chile vivió violaciones sistemáticas y generalizadas a los derechos humanos durante el período comprendido entre septiembre de 1973 y marzo de 1990. La acción del Estado significó la desaparición y ejecución extrajudicial de 3.195 personas, incluidas mujeres embarazadas y menores de edad, y la privación de libertad y aplicación de tormentos por razones políticas a 28.459 personas, entre las que se encuentran 3.621 mujeres y 1.244 menores de 18 años, en 1.132 centros de detención identificados. Seguramente el número de víctimas aumentará cuando termine sus funciones la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Tortura. A ello se suma el desplazamiento forzado y el exilio de miles de familias; la exoneración de las fuentes de trabajo con motivo de la persecución política, y la pérdida de las libertades y derechos fundamentales, como los de expresión, prensa, asociación, sindicación y participación política, entre otros.

Los procesos de verdad y reparación han sido sostenidos en el tiempo con políticas y programas que junto con reconocer los hechos ocurridos, han procurado restablecer la dignidad de las víctimas y sus familiares, y repararlas por el daño sufrido. La justicia, en cambio, ha sido lenta y ha requerido del impulso permanente de las organizaciones de derechos humanos y del seguimiento constante de la comunidad internacional. La vigencia del Decreto Ley de Amnistía sigue siendo un escollo para determinar responsabilidades por graves violaciones a los derechos humanos como consta en el fallo por el caso Almonacid[1], y un tema pendiente aún para Chile. La jurisprudencia del máximo tribunal en esta materia no ha sido constante en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, y si bien mostró avances desde el año 2004, ha sufrido también retrocesos a partir de 2007 por la aplicación de la prescripción gradual. Junto con ello cabe señalar que ha habido intentos desde el poder legislativo para poner fin a los juicios sobre graves violaciones a los derechos humanos, los que no han prosperado.

En términos de la obligación de preservar la memoria como parte de las garantías de no repetición, la creación del Museo de la Memoria y Derechos Humanos, y la creación del Instituto Nacional deben ser destacados como parte de una política que gradualmente armoniza en esta materia todos sus componentes. No obstante, se requiere que el Estado fortalezca a las instituciones que preservan y promueven la memoria para contribuir a la generación de una cultura de respeto de los derechos humanos.

1 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CRÍMENES: DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA.

1. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD Y EL CARÁCTER INAMNISTIABLE DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos y libertades fundamentales como consecuencia de una política de Estado, caracterizaron el período de la dictadura militar, y representan la transgresión más flagrante a la dignidad de las personas en la historia reciente del país.

En este contexto, la persistente acción de los familiares de las víctimas y de quienes sobrevivieron, y de sus organizaciones, abogados/as, trabajadores/as de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil, contribuyeron a romper el silencio y la negación. Su acción permitió, en un largo proceso no exento de retrocesos y dificultades, que se asentara como verdad histórica y jurídica que los atentados a la vida y la integridad personal cometidos constituyeron crímenes de guerra y de lesa humanidad, perpetrados en un marco de denegación sistemática de justicia, configurando así un cuadro de impunidad institucionalizada.

Como lo señala la Corte IDH, en la sentencia Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, "*gobernó (en) Chile una dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a producir miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional (…) De igual forma la Corte tuvo por probado que la época más violenta de todo este período represivo correspondió a los primeros meses del gobierno de facto. Cerca del 57% de todas las muertes y desapariciones, y el 61% de las detenciones ocurrieron en los primeros meses de la dictadura*"[2].

Los hechos perpetrados por agentes al servicio del Estado importaron infracciones graves al orden jurídico interno y al Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos. De acuerdo a estos corresponde al Estado prevenir las violaciones a los derechos humanos, y de cometerse estas, investigar, sancionar y reparar, además de impulsar mecanismos efectivos de no repetición de ese tipo de violaciones.

El Derecho Internacional Humanitario, desarrollado en los Convenios de Ginebra de 1949, describe los crímenes de guerra y establece los derechos y obligaciones de las partes en situación de conflicto armado sea esta de carácter internacional o nacional; junto con las normas que debe regular la guerra, consagran la obligación de protección a civiles[3]. Esta disposición ordena el trato humanitario, prohíbe los atentados a la vida y a la integridad corporal y a la dignidad personal –entre otros delitos– y establece que son los Estados los que deben asegurar las adecuadas sanciones penales y a "*buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo*"[4].

La Corte Suprema a partir del año 2004 ha sostenido que los instrumentos de Ginebra deben recibir aplicación, en consideración a que la propia autoridad de facto, mediante el Decreto Ley N° 5 de 12 de septiembre de 1973, y por lo menos hasta el 11 de marzo de 1975, asimiló para todos los efectos legales que el estado de sitio por conmoción interna debía entenderse como estado o tiempo de guerra.

Son delitos de lesa humanidad aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque. La comunidad internacional con la adopción, en 1998, del

2 Ibídem, párrafo 103.

3 Convenios de Ginebra de 1949, su artículo 3 común, y los Protocolos relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (Protocolo I) y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

4 Corte Suprema. Sentencia de 17 de noviembre de 2004, ROL N° 517-04, por el secuestro y desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. Considerando 34.

Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, desarrolla este concepto estableciendo un catálogo de conductas que responden a la categoría de crímenes de lesa humanidad (artículo 7). Por su parte, en Chile, y después de más de 10 años desde que el Estado suscribiera el Estatuto de Roma, el Congreso en el año 2009 adopta la Ley N° 20.357, que tipifica los crímenes de guerra, el genocidio y los delitos de lesa humanidad, paso previo a la ratificación de dicho Estatuto[5], el que finalmente es promulgado y publicado en el Diario Oficial en el mes de agosto de 2009.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, desde el año 2006, ha establecido que la fuente de la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar hechos especialmente lesivos no emana de que estos deberes estén contenidos en determinados instrumentos internacionales, sino que constituyen un sistema de derechos obligatorios para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o ius cogens.

Los delitos contra la humanidad y los crímenes de guerra constituyen una afrenta a la conciencia de la humanidad, conductas que por su especial gravedad resultan intolerables, de prohibición absoluta y que no admiten causales de justificación. Así, frente a la comisión de tales hechos, no es posible invocar el derecho interno para eximir al Estado infractor de la obligación jurídica y moral de investigar, develar la verdad de lo ocurrido, establecer las responsabilidades individuales del caso, sancionar y reparar las consecuencias de dichas violaciones, promoviendo acciones que garanticen la no repetición. Como se señala en el fallo Almonacid, lo que caracteriza estos delitos es el concepto de humanidad como víctima. Ello significa que tanto los crímenes de guerra como los delitos contra la humanidad, son inamnistiables e imprescriptibles.

La prescripción en el orden penal y la amnistía son causales de extinción de responsabilidad penal. Ni el transcurso del tiempo ni disposición interna de ninguna especie pueden ser invocadas para sustraer al Estado de los deberes expuestos sin incurrir en responsabilidad internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos al tratar específicamente estas casuales de exclusión, ha sostenido reiteradamente que "*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*"[6]. Agrega que habida consideración de la incompatibilidad absoluta de estas instituciones jurídicas y el derecho internacional de los derechos humanos, "*las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación y castigo de los responsables*"[7].

En la sentencia Almonacid, la Corte IDH reitera que esta obligación se desprende del deber de garantía establecido en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y de las normas internacionalmente aceptadas, recordando al respecto que "…*la Asamblea General de las Naciones Unidas desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera la Asamblea General sostuvo que la investigación rigurosa de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales*"[8].

Esta obligación incumbe a todo el poder público, incluido el poder judicial, sobre el cual pesa el deber de dar cumplimiento y efectividad a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en el ordenamiento jurídico inerno. La Corte IDH ha sostenido que los "*jueces, como parte del aparato del Estado, también están so-*

5 Decreto Promulgatorio N° 104 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 1° de agosto de 2009.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrafo 41.

7 Ibídem, párrafo 44.

8 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párrafo 106.

metidos a ella (a lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "Control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*"[9].

2. MOTIVOS DE PREOCUPACIÓN Y RECOMENDACIONES AL ESTADO DE CHILE

La preocupación por la vigencia del Decreto Ley de Amnistía ha sido expresada en el fallo del Caso Almonacid de la Corte IDH y por diversas instancias internacionales. El Comité de Derechos Humanos[10] en sus observaciones finales al examen del Estado señala su preocupación por la vigencia de dicho decreto. Si bien constata que no se aplica por los tribunales de justicia señala que su sola existencia "*deja abierta la posibilidad de su aplicación. Recomienda a Chile (…) reforzar sus esfuerzos para incorporar lo más pronto posible la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 al derecho interno positivo, a fin de garantizar que las violaciones graves de derechos humanos no queden impunes*"[11].

El Comité contra la Tortura, por su parte, formula iguales recomendaciones al señalar que: "*toma nota de que los tribunales de justicia chilenos y, en particular su Corte Suprema, hayan venido declarando en sus fallos la inaplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía que veda el castigo a individuos responsables de violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, aduciendo como fundamento legal los instrumentos de derechos humanos. Sin embargo, el Comité considera, en línea con el fallo de la Corte Interamericana en el asunto Almonacid Arellanos y otros, de 26 de septiembre de 2006, que el hecho de que dicho Decreto Ley continúe vigente deja todavía al arbitrio de las cortes internas la aplicación o no de la amnistía*"[12].

9 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párrafo 124.
10 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos al Estado de Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril de 2007.
11 Ibídem párrafo 5.
12 Observaciones Finales del Comité contra la Tortura. CAT/C/CHL/CO/5 14 de mayo de 2009, párrafo 12.

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

El Estado de Chile frente a las observaciones formuladas durante el Examen Periódico Universal (EPU)[13] señaló que desde 1998 los tribunales de justicia no habían hecho aplicación de este instrumento para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y tortura bajo el "*argumento de la primacía de los principios del derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario*"[14]. En efecto, desde 1998 los tribunales superiores de justicia, de manera sostenida, han dejado de dar aplicación al Decreto Ley de Amnistía, señalando de manera contundente que no se puede invocar disposición interna para exonerar de responsabilidad a los autores de graves violaciones a los derechos humanos y que los tratados internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son vinculantes y fuentes de derecho que priman por sobre el orden jurídico interno. Sin embargo, cabe señalar que este proceso de avance ha sido en gran parte el producto de la constancia y esfuerzo de los familiares de las víctimas, sus organizaciones, de los/as abogados y trabajadores de derechos humanos, lo que sin embargo no ha logrado generar en la clase política la voluntad necesaria para su derogación, dejando su aplicación abierta.

Los tribunales de justicia durante mucho tiempo guardaron silencio frente a las violaciones a los derechos humanos, avalándolas primero y contribuyendo a su impunidad después, cuestión que se prolongó más allá del inicio de la transición a la democracia. En efecto, entre 1990 y 1998, invariablemente, los tribunales de justicia reconocieron eficacia jurídica al Decreto Ley de Amnistía, aun antes de establecer alguna responsabilidad penal. Recién en el mes de septiembre de 1998, la Corte Suprema[15] ordena reabrir la investigación por el secuestro de Pedro Poblete Córdoba, señalando que dicho Decreto, en tanto excluyente de responsabilidad criminal, requería necesariamente para recibir aplicación determinar la identidad de los responsables.

Con todo, es la detención de Augusto Pinochet en Londres, el año 1998, lo que marca el punto de inflexión. Ante la inminencia de la extradición a España para ser juzgado y eventualmente condenado por las graves violaciones a los derechos humanos, en virtud del principio de jurisdicción universal, los tribunales de justicia chilenos, compelidos por los hechos empiezan a acoger a tramitación las querellas deducidas contra Pinochet y todos quienes resulten responsables de los delitos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales y torturas. El propio Gobierno de la época, que se había negado a la extradición a España del General, desconociendo el principio de jurisdicción universal inherente a esta clase de delitos, bajo los argumentos de la territorialidad de la ley penal y de soberanía jurisdiccional, se comprometió ante la comunidad internacional a juzgarlo en Chile.

La Corte Suprema[16] señaló formalmente inaplicable el Decreto Ley de Amnistía al calificar la desaparición forzada como secuestro, y al fijar que dicho estado delictual persiste en el tiempo al no poderse corroborar su término, por no constar si la víctima murió o recuperó su libertad. Así, al calificar los hechos como un delito de ejecución permanente, no resulta posible aplicar la amnistía ni la prescripción. Esta jurisprudencia, sin embargo, no se mantiene firme para el caso de ejecutados políticos, porque respecto de ellos sí existe constancia de su deceso. Con posterioridad la Corte Suprema, en diciembre de 2006[17], respecto de las ejecuciones extrajudiciales avanza en la dirección de considerar también los homicidios y ejecuciones sumarias, delitos de lesa humanidad y por tanto, imprescriptibles. En septiembre de 2010, la Corte Suprema confirma la sentencia recaída en contra de los responsables de actos de tortura cometidos en la Academia de Guerra Aérea, constituyendo la primera condena firme y ejecutoriada, en la que se investiga y sanciona exclusivamente hechos referidos a delitos de tortura.

13 Consejo de Derechos Humanos. Examen periódico universal. Chile. A/HRC/12/10, del 4 de junio de 2009, párrafo 96, N[os] 38,39 y 45.

14 Ibídem. párrafo 90.

15 Corte Suprema. Sentencia de 9 de septiembre de 1998, ROL 469-98.

16 Corte Suprema Sentencia de 17 de noviembre de 2004, ROL 517-04, por la desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez.

17 Corte Suprema. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, ROL N° 559-04, por los homicidios de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldrés.

1. PRINCIPALES OBSTÁCULOS A LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

La prescripción gradual o media prescripción es una institución en virtud de la cual es posible reducir las penas por haber transcurrido la mitad del tiempo necesario para su prescripción (artículo 103, Código Penal). La sanción penal para esta clase de crímenes responde al bien jurídico protegido que es la humanidad toda y por tanto requiere que su protección sea efectiva. La obligación de establecer sanciones eficaces tiene su fuente en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado[18]. En este sentido es necesario advertir que, a pesar que los Tribunales Superiores de Justicia han venido fundando sus fallos en el derecho internacional y determinando la responsabilidad de quienes han tenido participación en las graves violaciones, desde el año 2007 la Sala Penal de la Corte Suprema ha aplicado instituciones jurídicas que morigeran dicha responsabilidad, imponiendo sanciones que no responden al principio de proporcionalidad y efectividad de la sanción para este tipo de crímenes. En efecto, "*entre julio del año 2007 y junio del año 2010, la Corte Suprema dictó 72 fallos relacionados con causas seguidas por violaciones a los derechos humanos cometidos durante la pasada dictadura militar, y en 48 de dichos fallos señaló que los delitos de homicidio o secuestro no obstante ser imprescriptibles en razón de su carácter de lesa humanidad, se encontraban gradualmente prescritos*"[19]. Este grado de discrecionalidad en la determinación de sanciones efectivas eleva el margen de impunidad y no satisface los estándares internacionales en esta materia.

Un segundo aspecto de preocupación es la escasa cantidad de investigaciones judiciales en curso. De conformidad a los datos proporcionados por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, los procesos vigentes al año 2010 corresponden a 304, los que se encuentran en diversas etapas procesales y que representan a 1.037 de 3.195 víctimas de desaparición forzada o ejecución extrajudicial. Sólo respecto de 197 de ellas se han dictado sentencias condenatorias ejecutoriadas. De 28.459 víctimas sobrevivientes de prisión política y tortura reconocidas, existen 24 procesos abiertos, que no representan a más de 270 víctimas.

La ampliación de la facultad concedida al Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior para interponer además de querellas por casos de desaparición forzada y secuestro, en casos de homicidio o de ejecución sumaria[20] debiera traducirse en un aumento de querellas lo que aún no se ha verificado. Por último, es necesario señalar que dicha facultad se debe extender a las víctimas de tortura, las que no cuentan con asistencia jurídica de ningún órgano público.

2. DERECHO A REPARACIÓN

El derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, conforme a los estándares internacionales comprende la restitución; la indemnización; la rehabilitación, la satisfacción y la obligación de brindar garantías de no repetición[21]. Si el Estado no cumple con estas obligaciones, corresponde a éste asumir su responsabilidad internacional lo que se traduce especialmente en el deber de reparar el daño provocado a la(s) víctima(s) por la violación al derecho humano en cuestión. Este deber de reparar se ha definido en términos de "*restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible y en indemnizar –a título de compensatorio– los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial como extrapatrimonial*"[22].

El Estado de Chile ha impulsado un conjunto de iniciativas de política pública que se orientan a resarcir el daño ocasionado de manera individual y colectiva. Así, en relación al acceso a la verdad se han impulsado las Comisiones de

18 Entre otros instrumentos, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.
19 Fernández (2010, p. 8).
20 Ley Nº 20.405, artículo 10, transitorio.
21 M. Cherif Bassiouni, Experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/65, 8 de febrero de 1999.
22 Nash (2007, p. 25).

Verdad[23], de carácter extrajudicial, que han permitido documentar, calificar y establecer la magnitud de las violaciones más graves a los derechos humanos. Si bien a partir de éstas se han implementado las iniciativas en torno al derecho a la reparación, existen además otras medidas que apuntan a resarcir a víctimas de otros delitos y crímenes que no hacen parte de los registrados por dichas comisiones.

Otro esfuerzo desplegado por el Estado en materia de verdad y justicia ha sido la instalación el año 2006, de un sistema de identificación forense de víctimas de violaciones graves a los Derechos Humanos en el Servicio Médico Legal, bajo los más elevados estándares internacionales, lo que ha contribuido a avanzar en superar las inconsistencias detectadas en relación al caso Patio 29.

Respecto de las medidas de reparación individual, la Ley Nº 19.123 –que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación– estableció un conjunto de beneficios sociales para los familiares de víctimas de graves violaciones; creó la pensión mensual de reparación destinada a familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos o violencia política y otorgó a los familiares de las víctimas una bonificación compensatoria equivalente a 12 meses de la pensión mensual de reparación antes señalada.

La ley determinó, además, beneficios médicos que consisten en prestaciones médicas gratuitas[24] mediante el Programa de Reparación y Atención Integral de Salud y Derechos Humanos (PRAIS), dependiente del Ministerio de Salud. Su objetivo es brindar atención en el sistema de salud público y contribuir a la reparación social, mediante prestaciones de salud especializada a familiares de víctimas detenidas desaparecidas, ejecutadas políticas, sobrevivientes de tortura, exonerados, exiliados y exonerados por razones políticas.

Igualmente se establecieron beneficios educacionales para los hijos e hijas de víctimas de familiares de graves violaciones que cursaran enseñanza media o educación superior. En esta materia, la Ley Nº 19.287 condonó deudas de los fondos de crédito universitario[25].

23 Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1990), Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura (2003) y Comisión Asesora para la calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Victimas de Prisión Política y Tortura (2009).

24 Ley Nº 18.469, artículos 8 y 9.

25 Ley Nº 19.287 artículo 6.

Otros beneficios se han concentrado en la incorporación a cajas de compensación, asignaciones por muerte y la entrega de un bono de reparación para los hijos/as de víctimas de graves violaciones que nunca hayan recibido la pensión mensual de reparación. Asimismo, la Comisión Valech otorgó a quienes calificó como víctimas de prisión política y tortura una pensión anual de reparación; un bono equivalente al menor de edad nacido mientras sus padres estaban detenidos; una pensión de viudez, acceso a subsidios de vivienda y la exención de realizar el servicio militar, entre otros.

Respecto a otras violaciones a los derechos humanos, entre 1990 y 1994 el Estado creó la Oficina Nacional del Retorno que atendió a 52.577 personas exiliadas, con beneficios directos como la liberación del pago de franquicias; medidas de habilitación para el ejercicio profesional; becas, subsidios y programas de crédito, entre otras. Asimismo, creó el Programa de Exonerados Políticos, que ha atendido a 153.561 personas reconociéndoles beneficios por gracia y pensiones no contributivas. En cuanto a políticas de restitución de bienes a personas naturales y jurídicas confiscados por el Estado se han restituido o se ha indemnizado por un monto total de US$ 23 millones.

En relación a medidas de reparación colectiva y de preservación de la memoria y dignidad de la víctimas, se han concretado iniciativas destinadas a la creación de memoriales y sitios recordatorios como el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos y el traspaso de inmuebles junto con apoyo a las organizaciones de familiares y sobrevivientes para la preservación de sitios de memoria, como el Parque por la Paz Villa Grimaldi y Londres 38. Estas entidades deben estar dotadas de recursos públicos adecuados que sin comprometer su independencia permitan su continuidad en el tiempo.

Por último, en materia de resarcimiento civil a las víctimas y sus familiares, se debe señalar que la obligación del Consejo de Defensa del Estado CDE de alegar la prescripción en juicios civiles en los que se demanda indemnización al Estado, requiere un cambio legal, pues en la práctica constituye una negación del derecho a ser resarcidas por el daño ocasionado como consecuencia de las violaciones graves a los derechos humanos.

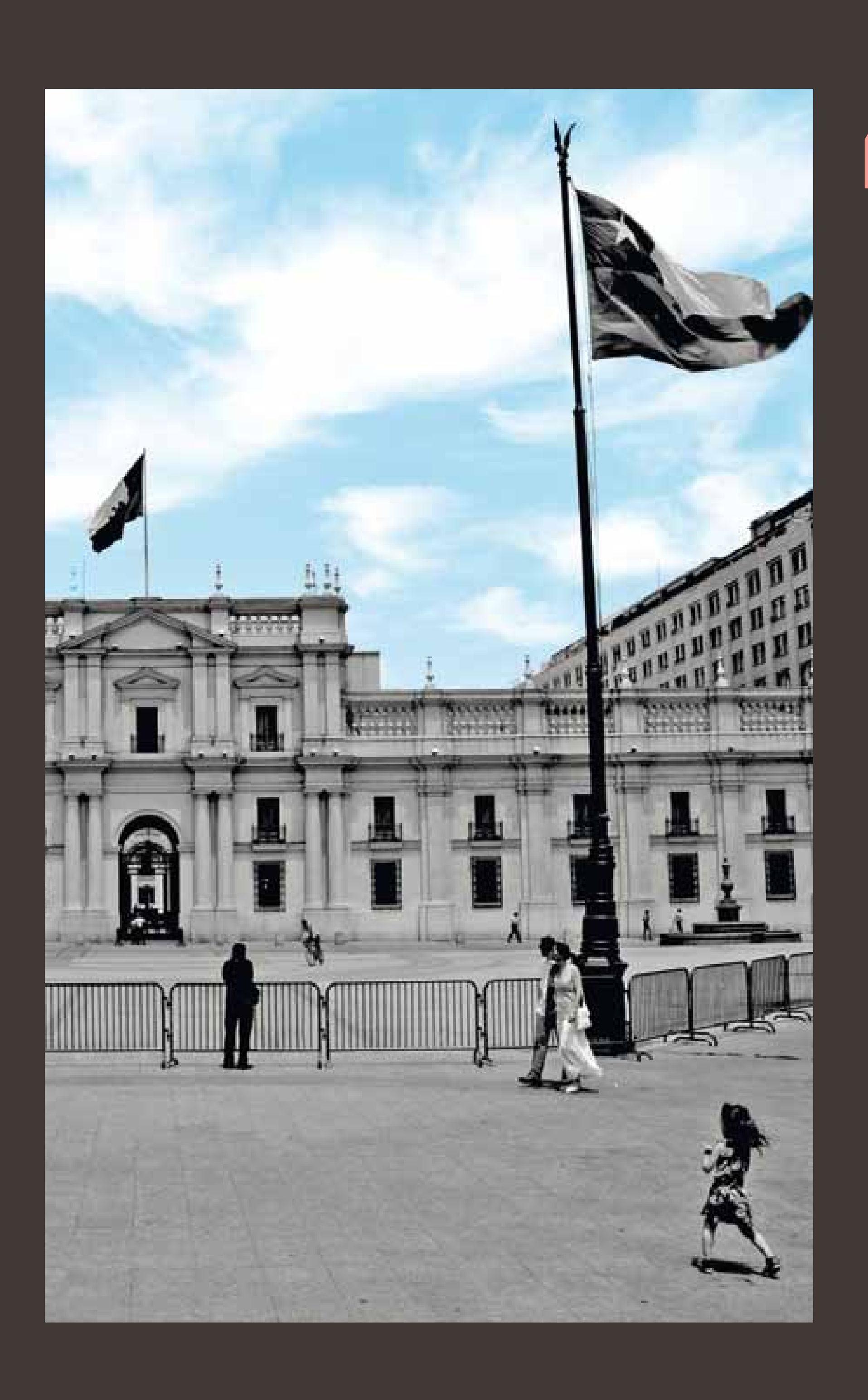
BIBLIOGRAFÍA REFERIDA

Nash, Claudio (2007). Las reparaciones ante la corte Interamericana de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago.

Fernández, Karina (2010). La prescripción gradual aplicada a los derechos de lesa humanidad. Tesis. Facultad de Graduados. Universidad de Chile, Santiago.

4

RECOMENDACIONES



4 RECOMENDACIONES

INTRODUCCIÓN

Parte de las facultades que la Ley N° 20.405 otorga al INDH es elaborar un informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile, con el objeto de "*hacer las recomendaciones que estime convenientes para su debido resguardo y respeto*" (artículo 3). Estas recomendaciones tienen por objeto influir en el actuar del Estado, de manera tal que en el ejercicio de sus diversas funciones se respeten y protejan los derechos humanos, colaborando con la constitución de una sociedad democrática que los respeta.

Las recomendaciones que a continuación se plantean están dirigidas a todos los poderes del Estado, para que cada uno ellos –en el ámbito de su competencia– contribuya de mejor manera al cumplimiento de las obligaciones de garantizar y respetar los derechos humanos de todos y todas.

I. RECOMENDACIONES GENERALES

1. GENERACIÓN DE INFORMACIÓN

Los poderes del Estado tienen la obligación de generar información pública que permita identificar y evaluar los avances y dificultades en materia de derechos humanos. En particular, la información tiene que reflejar la situación de los distintos sectores, grupos y colectivos de manera que permita encauzar la política pública y la reforma legislativa que supere las desigualdades. La incorporación de género, edad, pertenencia étnica, discapacidad, orientación sexual y nacionalidad, entre otros factores, en la producción estadística de todos los poderes del Estado es información básica para constatar el cumplimiento de los derechos humanos.

2. RATIFICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES PENDIENTES

El Congreso Nacional en virtud de la facultad que la Constitución Política le otorga debe ratificar los tratados internacionales en materia de derechos humanos pendientes. En especial, se insta a agilizar la aprobación del Protocolo Opcional de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apátrida, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.

3. CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE LA CORTE IDH Y SOLUCIONES AMISTOSAS DE LA CIDH

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado de Chile. Los órganos colegisladores deben adecuar la legislación interna a los estándares que estas establecen. En particular, se debe armonizar la legislación a fin de privar de todo efecto jurídico al Decreto Ley de Amnistía 2191 (caso Almonacid Arellano) y reformar la Justicia Militar (caso Palamara Iribarne), en particular en lo referido a delimitar la competencia de la Justicia Militar sólo a delitos militares y a personal militar. Asimismo, los poderes ejecutivo y legislativo deben cumplir con los acuerdos que el Estado chileno ha convenido a través de soluciones amistosas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como es el caso de la reforma al régimen de sociedad conyugal que aún se encuentra pendiente.

3. PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En general, corresponde al Estado de Chile fortalecer una cultura de respeto a los derechos humanos. Se alienta al poder ejecutivo a desarrollar campañas de difusión y promoción de los derechos humanos que tengan por objeto modificar los estereotipos sociales que reproducen la inferiorización de grupos históricamente discriminados.

4. MEDIDAS PARA LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Generar e implementar, por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, un debate informado para la adopción de medidas de facto que aceleren la igualdad, en especial para quienes son parte de grupos en situación de vulnerabilidad.

5. REFORMA JUSTICIA MILITAR Y LEY ANTITERRORISTA

El poder judicial y el Ministerio Público deben velar por la aplicación excepcional de la ley Antiterrorista, de manera de evitar que los ilícitos que se producen con ocasión de la protesta social sean juzgados por esta legislación especial. Asimismo, se recomienda al los poderes legislativo y ejecutivo avanzar en una nueva reforma que la haga compatible con las garantías del debido proceso. En este marco es aconsejable asegurar la dependencia de Carabineros al Ministerio del Interior para el desempeño de su función relacionada con el orden público.

II. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

1. Acelerar la creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, en cumplimiento del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas.

2. Reanudar el debate legislativo en torno a la creación de la figura del Defensor del Pueblo u Ombudsman, como una manera de continuar la conformación de una red institucional que promueva y proteja los derechos humanos.

3. Agilizar por parte de los poderes ejecutivo y legislativo el debate y tramitación de la ley anti discriminación, y garantizar que su texto contemple al menos la obligación inmediata de no discriminar y una acción de tutela judicial.

4. El poder judicial debe garantizar el acceso a recursos judiciales efectivos y agilizar los procesos que permitan determinar las responsabilidades penales por graves violaciones a los derechos humanos, reafirmando el carácter inamnistiable e imprescriptible de tales crímenes.

5. El poder ejecutivo debe fortalecer y dar continuidad a los esfuerzos desplegados en la preservación de la memoria en materia de violaciones graves a los derechos humanos, velando por la sustentabilidad de las instituciones dedicadas al rescate, conservación y difusión del patrimonio histórico en esta materia.

6. Todos los poderes del Estado deben garantizar la efectiva implementación del Convenio N° 169 de la OIT, especialmente lo referido al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la institucionalización del derecho a la consulta y la participación, de acuerdo a los estándares que el instrumento establece.

7. Evaluar el impacto de la aplicación de Ley N° 20.348 sobre igual remuneración, de manera de valorar la eventual necesidad de adoptar una reglamentación que le dé eficacia.

8. Redoblar los esfuerzos para erradicar la violencia contra las mujeres a través, entre otras medidas, de la promoción de campañas sostenidas destinadas al cambio de conductas arraigadas en la sociedad, la inclusión del problema en el currículo escolar y la capacitación a funcionarios/as públicos competentes en la materia fundamentalmente del poder judicial y del Ministerio Público.

9. Se insta al Ministerio de Salud a aprobar dentro de un plazo razonable el Reglamento de la Ley N° 20.418 que Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, de manera de completar el marco normativo en esta materia.

10. El Congreso y el poder ejecutivo deben avanzar en forma decidida hacia el reconocimiento de los derechos civiles de las diversidades sexuales, y con ello facilitar que estas accedan a los beneficios de las políticas sociales.

11. Los poderes del Estado deben avanzar en la reforma al sistema penitenciario a fin que supere las condiciones indignas en que viven las personas privadas de libertad. El debate de estas reformas es un tema país que involucra la política criminal de la última década, de manera que esta se oriente hacia la resocialización de los/las internos/as y eliminar la sobrepoblación y hacinamiento carcelario.

12. Si bien los tribunales de garantías cuentan con facultades para velar por la corrección del cumplimiento de las penas, la realidad demuestra que es fundamental establecer tribunales con dedicación exclusiva para supervisar la ejecución de las penas privativas de libertad, en especial aquellas establecidas bajo el sistema de reclusión nocturna.

13. El Ministerio de Justicia y Gendarmería deben prestar especial atención a la situación de las mujeres privadas de libertad, y específicamente fortalecer progra-

mas que protejan a los hijos/as de las madres privadas de libertad y que propendan a la mantención de los vínculos filiales.

14. El Ministerio de Educación debe tomar medidas destinadas a asegurar la igualdad y no discriminación en los establecimientos educacionales. Debe asegurarse que tanto dentro de instituciones de educación públicas como privadas se eliminen las prácticas discriminatorias contra todo niño, niña o adolescente, en especial, de aquellos/as pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad como niños, niñas y adolescentes indígenas, refugiados y migrantes.

15. El Estado a través de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo debe adoptar medidas administrativas, judiciales y legislativas pertinentes y eficaces con el objeto de erradicar el trabajo infantil. Particular énfasis deben tener las medidas que se adopten para erradicar las peores formas de trabajo que sujetan a niños, niñas y adolescentes a formas de explotación económica y laboral que impiden el ejercicio de sus derechos fundamentales.

16. El Estado a través de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo debe limitar el uso de la privación de libertad como medida inmediata para los/as jóvenes procesados en virtud de la Ley Nº 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, reservando esta medida para casos excepcionales, en los cuales de todos modos, el énfasis debe estar en la pronta reinserción del adolescente.

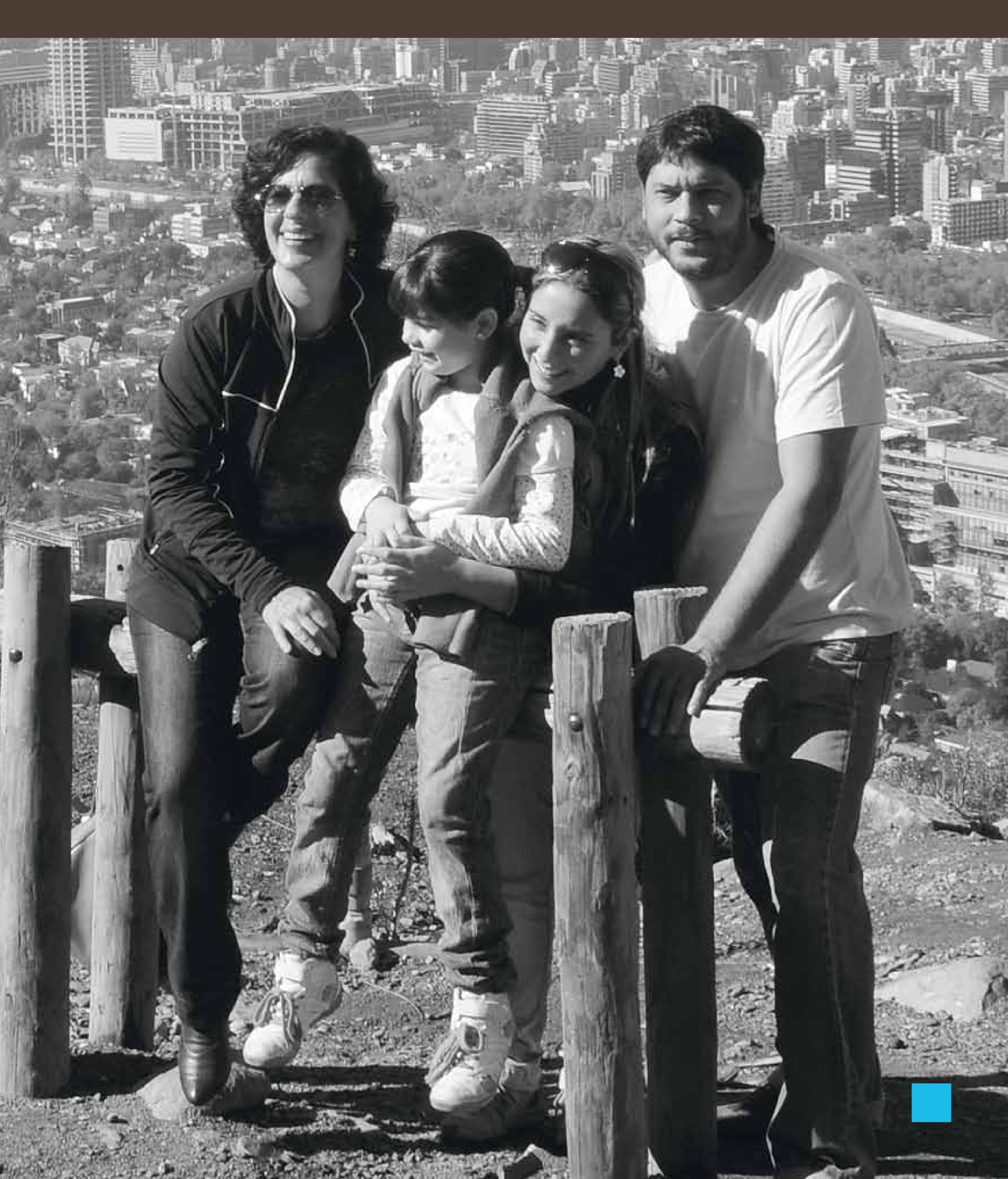
17. El Congreso debe dictar legislación especial que regule el delito de trata modificando el actual artículo 367 bis del Código Penal en pos de sancionar toda forma de explotación, incluida la trata interna de personas.

18. El poder ejecutivo debe agilizar el proceso de adopción del Reglamento de la Ley sobre refugiados a fin de garantizar su plena implementación.

19. El poder ejecutivo debe garantizar el acceso y goce efectivo a la población refugiada, solicitante de refugio y reasentada, a los derechos económicos y sociales, proporcionado ayuda y asistencia humanitaria que permitan la integración efectiva y la plena garantía del principio de no devolución.

20. El Ejecutivo debe garantizar que las solicitudes de refugio se tramiten de conformidad con la ley, eliminando la práctica de preadmisibilidad y asegurando que la tramitación en todas sus etapas cumpla con los debidos requisitos formales de manera de facilitar la apelación oportuna.

3ª PARTE



1



IINFORME DE GESTIÓN

1

INFORME DE GESTIÓN 2010

I. EL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS, INSTALACIÓN Y ACTIVIDADES

1. EL INSTITUTO

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) fue creado el 10 de diciembre de 2009 por la Ley Nº 20.405. Su creación constituye un hito histórico en la vida republicana chilena. Por primera vez los habitantes del territorio nacional cuentan con un órgano público dedicado a la promoción y protección de sus derechos. A la vez, los órganos del Estado contarán con una entidad que colaborará con ellos en el objetivo común de garantizar y respetar los derechos de las personas que habitan en Chile, dando cuenta de la creciente universalidad de dichos derechos, en la medida que superan el vínculo entre el Estado y sus nacionales para amparar a aquellas personas que por distintas razones habiten en el país.

El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos reconocidos y protegidos por la Constitución de la República y las leyes, los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile y los principios generales de derecho, aceptados por la comunidad internacional.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos es plural, autónomo, independiente y estable. La pluralidad se expresa en la participación en el Consejo de personas designadas por las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos, por el parlamento, las universidades y el Presidente de la República.

La autonomía e independencia del Instituto se expresa en que la entidad no se encuentre bajo la tutela de ningún órgano de la administración del Estado y en contar con los recursos necesarios para desarrollar las funciones que le asigna la ley.

Finalmente, la estabilidad del Instituto refiere a su constitución por ley, y a que el nombramiento de sus autoridades se haga mediante acto oficial y por un plazo determinado.

2. MISIÓN Y VISIÓN

La misión del Instituto es cautelar y promover la plena vigencia de los derechos humanos en Chile.

En su calidad de institución de la República le corresponde observar, informar e intervenir en la defensa de los derechos humanos amenazados o vulnerados, como asi mismo impulsar la construcción de una cultura que los reconozca y promueva en todos los ámbitos de la vida nacional.

Visión

- Cumple su función desde la autonomía, la independencia y el pluralismo.
- Contribuye de manera relevante a la promoción de una cultura de derechos humanos y a su vigencia en el país.
- Sus informes y declaraciones gozan de credibilidad ante la comunidad y los poderes del Estado en virtud de su consistencia, rigor y veracidad.

3. OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

Integrar en su gestión diversas perspectivas vinculadas a los derechos humanos.

Articular a nivel nacional un sistema eficaz de seguimiento y defensa de los derechos humanos.

Ampliar la comprensión social de los derechos humanos en todas sus dimensiones.

Articularse y cooperar con las redes de actores de derechos humanos de la sociedad civil.

4. FUNCIONES

A efectos de cumplir el mandato de promover y proteger los derechos humanos de las personas que habitan el territorio, la ley confiere al Instituto un conjunto de funciones que le permiten cautelar su respeto y garantía[1]. Estas son:

4.1 Funciones de observancia[2]

Dice relación con la identificación y evaluación de situaciones relevantes de derechos humanos en el país, que comunica al gobierno y a los distintos órganos del Estado con el objeto que estos adopten medidas y prácticas que fortalezcan la vigencia de estos derechos.

Esta función se realiza a través de la formulación de opinión respecto de una situación particular, o bien, del Informe de Derechos Humanos que da cuenta de la realidad nacional en esta materia, y que se presenta una vez al año al Presidente de la República, al Congreso Nacional y al Presidente de la Corte Suprema. En dicho informe deberán constar también recomendaciones hacia los poderes del Estado para el resguardo y respeto de los derechos.

4.2 Funciones de asistencia y colaboración

Corresponde al Instituto colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar a los órganos y comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como de las demás instituciones regionales. No obstante, el informe final no obliga ni compromete al Instituto[3].

A la vez, el Instituto coopera con Naciones Unidas, instituciones regionales y de otros países en la promoción y protección de los derechos humanos, informando de ello al Ministerio de Relaciones Exteriores[4]. De igual modo, presta asesoría a los organismos públicos y privados que lo soliciten, en particular a las corporaciones, fundaciones y demás organizaciones privadas, nacionales y extranjeras, cuyos objetivos se relacionen con las funciones del Instituto, pudiendo celebrar con ellas convenios para ejecutar proyectos o acciones de interés común[5].

4.3 Funciones de incidencia

Todo el quehacer del Instituto tiene por objeto incidir en los distintos órganos del Estado para que estos adopten las medidas, legislativas y administrativas, y prácticas que favorezcan la protección y promoción de los derechos humanos, de manera coherente con los estándares que fijan los tratados internacionales ratificados por Chile[6].

4.4 Funciones de educación y promoción de la memoria histórica

Corresponde al Instituto a través de sus acciones contribuir a la consolidación de una cultura de respeto a los derechos humanos en el país. Se incluye aquí la difusión del conocimiento de los derechos humanos y su enseñanza en todos los niveles del sistema educacional, en las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Públicas; la promoción y realización de investigaciones, estudios y publicaciones; la premiación de acciones que contribuyan al propósito de los derechos humanos, y el patrocinio de actos y eventos relativos a esta materia[7].

El Instituto hace parte de las medidas adoptadas para garantizar que las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura no se repitan. En particular, la ley le entrega la custodia y depósito de los antecedentes reuni-

1 Ley Nº 20.405, artículo 3.
2 Ibídem, artículo 3, Nºs 1 y 4.
3 Ibídem, artículo 3, N°7.
4 Ibídem, artículo 3, N°8.
5 Ibídem, artículo 8, N°10.
6 Ibídem, artículo 3, N°3 y N° 4.
7 Ibídem, artículo 3, N°9.

dos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, la Comisión de Prisión Política y Tortura, y la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, una vez hayan finalizado sus funciones.

En este contexto, y con el propósito de promover y proteger los derechos humanos, el Instituto deberá recopilar, analizar y sistematizar toda información útil, y podrá solicitar información acerca del funcionamiento de los mecanismos de reparación, impulsar, coordinar y difundir acciones de orden cultural y simbólico destinadas a complementar el respeto a los derechos humanos, reivindicar a las víctimas y a preservar su memoria histórica. También puede solicitar, reunir y procesar el conjunto de la información existente en poder de entes públicos o privados que tengan relación con las violaciones a los derechos humanos o la violencia política a que se refiere el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

4.5 Funciones judiciales

El Instituto tiene facultades para deducir acciones legales ante los tribunales de justicia en el ámbito de su competencia, esto es, querellarse por crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, e interponer recursos de protección y amparo de acuerdo a lo establecido en los artículos 20 y 21 de la Constitución[8].

4.6 Funciones en materia de prevención de la tortura[9]

Si bien el Instituto no cuenta con la amplitud de facultades que supone la instalación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, la ley le permite supervisar las condiciones de las personas privadas de libertad. Para ello, puede comisionar a uno o más consejeros/as, al/la director/a o a su personal para ingresar a recintos públicos donde esté o pueda estar privada de libertad la persona[10].

5. COMPOSICIÓN

La ley dota al Instituto de tres órganos principales; el Consejo, el/la Director/a y el Consejo Consultivo.

La dirección superior radica en el Consejo y corresponde a éste tomar las decisiones estratégicas que el/la director/a debe implementar. Lo integran once personas designadas por diferentes instancias del Estado y la sociedad civil: el Senado (2), la Cámara de Diputados (2), el Poder Ejecutivo (2), Decanos de Facultades de Derecho de universidades integrantes del Consejo de Rectores y de universidades autónomas (1), y organizaciones de la sociedad civil (4). Su mandato es por seis años, con renovación parcial. De sus integrantes se elige al/la Director/a por un período de tres años.

El Consejo se constituyó formalmente el 20 de junio de 2010 y quedó conformado por:

Luis Hermosilla y Pamela Pereira designados por el Senado; Roberto Garretón y Miguel Luis Amunátegui, por la Cámara de Diputados; Eugenio Díaz, por las Facultades de Derecho; Sergio Fuenzalida, Claudio González, Enrique Núñez y Lorena Fríes, por la sociedad civil; y, Manuel Núñez y María Luisa Sepúlveda, por la Presidencia de la República.

En esa misma fecha se elige a la primera Directora del Instituto, Lorena Fries Monleón.

En consonancia con los Principios de París, la Ley N° 20.405 otorga a la sociedad civil un rol relevante en la estructura del Instituto. Por una parte, lo dota de un Consejo Consultivo[11] al que corresponde prestar su asesoría al Consejo del Instituto en todas aquellas cuestiones de su competencia que requieran, para su adecuada resolución, del pronunciamiento de la sociedad civil. Por otra, al Instituto están vinculadas el conjunto de organizaciones de derechos humanos inscritas en un registro especialmente habilitado, espacio que elige a los/as cuatro integrantes del Consejo del Instituto.

8 Ibídem, artículo 3 N°5.

9 Comunicación oficial de la Misión Permanente de Chile ante las Organizaciones Internacionales de fecha 28 de diciembre de 2009 donde señala que "*el Gobierno ha resuelto entregar la función del MNP al recientemente creado Instituto Nacional de Derechos Humanos*".

10 Ley Nº 20.405, artículos 4, 6 y 8.

11 Ibídem, artículo 11. En el Consejo Consultivo Nacional estarán representados los organismos sociales y académicos dedicados a la promoción y defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

II. PROCESO DE INSTALACIÓN

Formalmente, el Instituto Nacional de Derechos Humanos entra en funciones el 20 de julio cuando se constituye el Consejo y se elige a su actual Directora.

El Instituto goza de autonomía legal en tanto corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio[12]. En su calidad de entidad que forma parte del sector público, se le reconocen una serie de facultades, atribuciones y potestades.

El campo de autonomía que le confiere la ley no es absoluto y tiene, al igual que otros órganos autónomos, limitaciones constitucionales y legales. Dentro de las primeras se encuentran básicamente las señaladas en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, que obligan al Instituto a someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella, debiendo verificar sus actuaciones dentro del ámbito de sus competencias y en la forma que señale la ley. Las limitaciones legales se refieren principalmente al buen uso de los recursos públicos asignados al Instituto, materia regulada por el Decreto Ley N° 1.263 sobre Administración Financiera del Estado[13].

El INDH está sometido a la fiscalización de la Contraloría General en lo concerniente a su personal, examen y juzgamiento de sus cuentas. Al respecto y considerando su autonomía legal, las facultades del organismo contralor se limitan a los ámbitos indicados, encontrándose las resoluciones del Instituto exentas del trámite de toma de razón.

El Instituto deberá consolidar su autonomía administrativa y financiera de manera de garantizar el cumplimiento de las funciones que la ley le encomienda. En este sentido, constituye un avance la reubicación del Instituto en la partida del Tesoro Público durante la discusión del Proyecto de Ley de Presupuesto 2011, compartiendo así la imputación presupuestaria de otros organismos autónomos como el Consejo de la Transparencia[14]. Dificulta, sin embargo, la proyección del Instituto para el año 2011 la diferencia de 34% del presupuesto solicitado.

1. ESTRUCTURA Y ORGANIGRAMA

En términos de su estructura operativa, se han establecido unidades que son las encargadas, en este primer período, de cumplir con las directrices que a través de la Directora imparte el Consejo. Un enfoque integral de derechos humanos requiere de una mirada transversal y sinérgica de los temas en derechos humanos y de una constante interacción de las unidades en el cumplimiento de sus funciones.

Unidad de Estudios: Tiene como función el levantamiento y producción de información sobre diferentes aspectos en materia de derechos humanos. Le corresponde organizar la información para permitir un trabajo de calidad y oportuno que sirva de apoyo también a otras áreas y unidades del Instituto. Su tarea principal es asesorar a la Directora en la elaboración de la propuesta del Informe Anual de Derechos Humanos.

Unidad Jurídica y Judicial: Le corresponde la formulación de opiniones jurídicas en materia de derechos humanos, el seguimiento de las agendas parlamentarias y de gobierno, y la representación judicial en los casos que establece la ley.

Unidad de Educación y Promoción: Una de las funciones centrales que tiene el Instituto dice relación con la elaboración de lineamientos, instrumentos y materiales que faciliten la inserción de los temas de derechos humanos en el sistema de educación pública y en las Fuerzas Armadas y de Orden. Además corresponde a esta unidad el diseño de

12 Ibídem, artículo 13. La Ley señala que el patrimonio del Instituto se compone de: los recursos que contemple anualmente la Ley de Presupuestos de la Nación; los bienes muebles e inmuebles que se le transfieran o que adquiera a cualquier título los frutos de esos mismos bienes; las donaciones, incluidas las del artículo 3 de la Ley Nº 19.992, herencias y legados que el Consejo acepte; y, los aportes de la cooperación internacional y de personas naturales y jurídicas que reciba a cualquier título para el cumplimiento de sus objetivos.

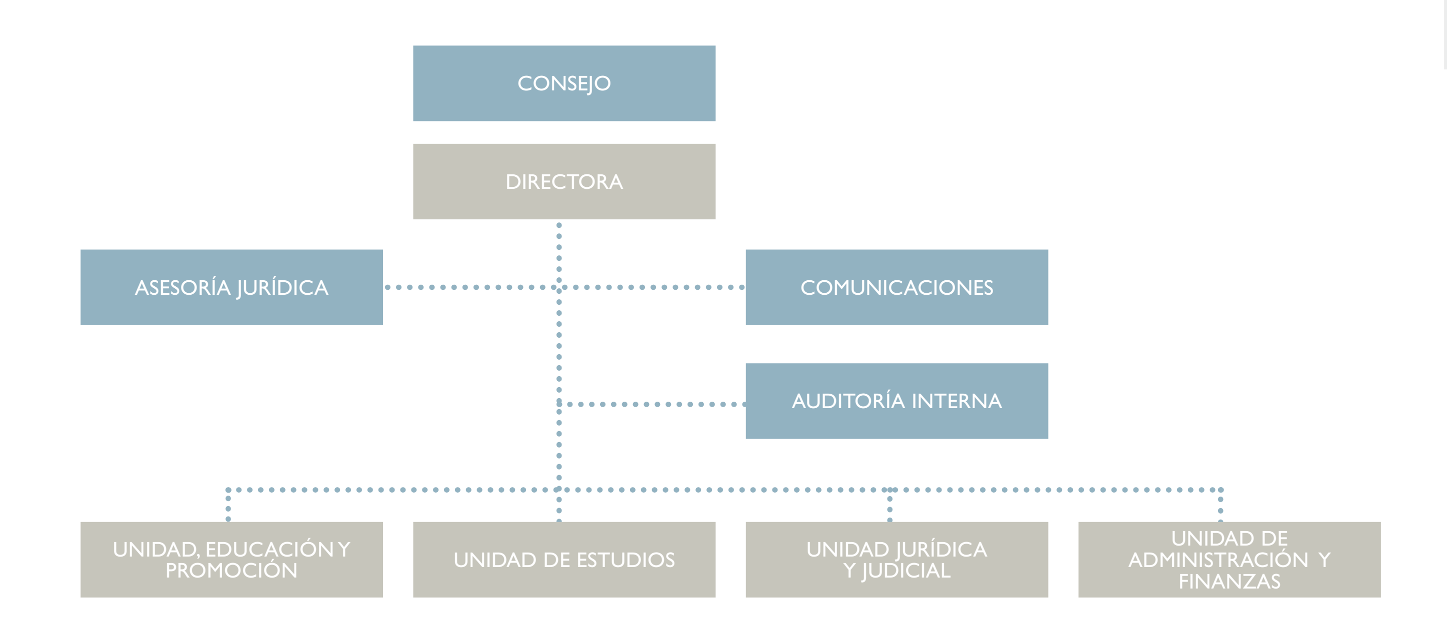
13 Ibídem, artículo 12.

14 Originalmente su inserción presupuestaria correspondía al Ministerio del Interior.

campañas, otorgamiento de premios y otras iniciativas que promuevan en la ciudadanía una cultura de respeto a los derechos humanos.

Unidad de Administración y Finanzas: Le corresponde gestionar y administrar los recursos físicos y financieros del INDH, de acuerdo al marco jurídico, legal y reglamentario vigente, y a las políticas institucionales. Apoya la toma de decisiones suministrando, por una parte, información oportuna y confiable, y por otra, elementos técnicos de su competencia, dando satisfacción a los requerimientos institucionales y extrainstitucionales.

El funcionamiento del Instituto contempla una coordinación técnica, instancia colectiva conformada por la Directora, la Coordinadora Técnica y los/as Jefes de Unidad.



2. RECURSOS HUMANOS

La Ley Nº 20.405 establece que las personas que prestan servicios en el Instituto se rigen por el Código del Trabajo, sin perjuicio de estar sometidas a las normas sobre probidad administrativa establecidas en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

En el caso de las personas que desempeñan funciones directivas, la ley establece que deben ser seleccionadas mediante un concurso público efectuado por el Servicio Civil, de acuerdo a las normas establecidas para la selección de la Alta Dirección Pública. Este proceso se encuentra en marcha y se espera contar con dichos profesionales para finales del mes de marzo de 2011.

Respecto de cualquier otra contratación, el Consejo del Instituto acordó que para darle mayor transparencia, debía contemplarse un proceso de selección y evaluación de postulantes públicos a partir de los perfiles que se requieran en las unidades establecidas. La selección se realizará respetando el principio de igualdad y no discriminación entre los participantes, el mérito, capacidad, confiabilidad e idoneidad para desempeñar el cargo y se sujetará a los principios de publicidad e imparcialidad y evitando cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar los derechos de cada participante.

Actualmente, se cuenta con una dotación mínima de 16 profesionales y personal administrativo por meses que permiten avanzar en el proceso de instalación y funcionamiento mientras se verifican los procesos de selección. La composición de este equipo es paritaria.



III. ACTIVIDADES REALIZADAS ENTRE EL 20 DE JULIO Y 31 DE OCTUBRE DE 2010

1. INSTALACIÓN Y GESTIÓN

Sesiones de Consejo: Desde la constitución formal del Instituto Nacional de Derechos, el 20 de julio de 2010, se han celebrado catorce sesiones del Consejo y dos sesiones de Comisión[15].

Presentaciones y visitas protocolares: se han realizado visitas protocolares al Presidente de la República, Presidente de la Corte Suprema, Presidentes de ambas Cámaras del Parlamento, Contralor General de la República, Ministro de Justicia y Ministro del Interior, Presidente del Tribunal Constitucional y Representante de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Directora del Museo de la Memoria y Derechos Humanos, Director del Servicio Médico Legal y Director de Gendarmería de Chile.

También se ha tomado contacto con la Red de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Continente Americano, los órganos de supervisión de tratados, y de las Naciones Unidas y de la Organizaciones de Estados Americanos competentes en materia de derechos humanos.

Reunión con las organizaciones parte del Registro: se hizo un encuentro con las organizaciones que hacen parte del registro de instituciones dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos.

Planificación estratégica: en el marco de las actividades de la instalación del Instituto se inició un proceso de planificación estratégica para definir la misión, visión y objetivos estratégicos del INDH y se aprobaron los estatutos por parte del Consejo, los cuales fueron propuestos al Presidente de la República para su aprobación.

Defensa presupuestaria: la Directora hizo la defensa del presupuesto 2011 ante la Cuarta Subcomisión Especial Mixta de Presupuesto, el día 14 de octubre de 2010, solicitando que el presupuesto del INDH estuviera en la Partida 50 del Tesoro Público y explicando el impacto que tenía el presupuesto asignado –un 34,1% (M$ 742.5979) menor al solicitado– en la proyección del Instituto para el año 2011.

Capacitación en temas de derechos humanos: se han realizado dos capacitaciones al equipo de instalación. La primera, sobre protección internacional de refugiados y búsqueda de soluciones duraderas, realizado por ACNUR el 20 de octubre de 2010; la segunda, sobre derechos de la infancia, realizado por UNICEF el 3 de noviembre de 2010.

2. ACTIVIDADES EN RELACIÓN A SUS FUNCIONES

Junto con el proceso de instalación se ejecutaron, entre agosto y diciembre de 2010, una serie de actividades y acciones que hacen parte de las funciones encomendadas por la ley al Instituto.

Función de observancia:

- **Informe Anual de Derechos Humanos:** dado el poco tiempo para su elaboración, se optó por hacer un análisis de la situación de los derechos humanos a partir de los compromisos adquiridos por el Estado de Chile con motivo de la presentación en 2009 al Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos.

  Para estos efectos y de acuerdo a lo que establece la ley, el Instituto solicitó a las reparticiones públicas pertinentes información estadística en relación a las diversas materias que analiza el Informe. El siguiente cuadro da cuenta de las respuestas y calidad de las mismas:

15 Actas disponibles en www.indh.cl

NÚMERO	FECHA	DESTINATARIO	MATERIA	ESTADO TRAMITACIÓN
07	13/08/10	Intendente Región de La Araucanía	Información de la situación procesal de los presos mapuche en huelga de hambre en Temuco y Angol	Sin respuesta. (Se insistió mediante Ordinario 40 de 22 de octubre de 2010).
09	13/08/10	Fiscal Regional del Ministerio Público de la Región de La Araucanía	Información respecto de la situación procesal de los mapuche en huelga de hambre, formalizados por la Ley N° 18.314.	Respuesta mediante Ord. 319 del 30 agosto de 2010.
11	13/08/10	Director Regional de Gendarmería de la Región de La Araucanía	Información internos mapuche en huelga de hambre, establecimientos penitenciarios de la Región de La Araucanía.	Respuesta mediante Ord.09 del 25 agosto de 2010.
12	13/08/10	Director Nacional CONADI	Información necesaria para emitir pronunciamiento sobre las situaciones, prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos que afecten a personas pertenecientes a la etnia mapuche	Sin respuesta. (Se insistió mediante Ordinario 39 del 22 de octubre de 2010).
29	29/09/10	Director Nacional Policía de Investigaciones	Información relativa a denuncias, sanciones administrativas; sumarios llevados a cabo, número de procesados/ imputados o condenados por atentados a la vida, abusos de poder, apremios ilegítimos, trato cruel, inhumano o degradante, e infracciones a los derechos del detenido, formuladas contra personal de Investigaciones, para los años 2006-2010, desagregadas por año, sexo y edad y otros derechos relacionados con personas sujetas al control policial	Respuesta mediante Ord. 295-1 del 19 de noviembre de 2010.
30	29/09/10	Director Nacional de Gendarmería	Información de la población penal, desagregada por sexo, edad, origen étnico, nacionalidad, y situación procesal; tasa de aumento y hacinamiento; derecho a la vida y la integridad; incluidos sumarios, sentencias y otros derechos relacionados con la población penal.	Respuesta mediante Ord. 2081/2010 del 19 de noviembre de 2010.
31	29/09/10	Director General de Carabineros	Información relativa a denuncias, sanciones administrativas; sumarios llevados a cabo, número de procesados/imputados o condenados por atentados a la vida, abusos de poder, apremios ilegítimos, trato cruel, inhumano o degradante, e infracciones a los derechos del detenido, formuladas contra personal de Carabineros, para los años 2006-2010, desagregadas por año, sexo y edad y otros derechos relacionados con personas sujetas al control policial.	Respuesta mediante Ord. 1194 del 8 de noviembre de 2010.
32 A	29/09/10	Director Derechos Humanos. Ministerio de RR.EE.	Información sobre los tratos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados, pendientes; reservas y declaraciones; iniciativas de ley y Mensajes para la ratificación de Tratados Internacionales pendientes de ratificación; Estado de Informes evacuados y pendientes, referidos a los de Tratados, sentencias y resoluciones de los órganos regionales, denuncias presentadas, las acogidas a admisibilidad, Informes dictados, causas que se encuentran en procesos de solución amistosa, y medidas llevadas a cabo para el cumplimiento de las resoluciones dictadas por la Comisión y la Corte; observaciones y recomendaciones de órganos de tratado, del Examen Periódico Universal, y relatorías especiales del sistema universal y regional, y otras materias relacionadas con las funciones de la Dirección	Respuesta incompleta, mediante Ord. N° 14867 del 12 de noviembre de 2010.

NÚMERO	FECHA	DESTINATARIO	MATERIA	ESTADO TRAMITACIÓN
47	15/11/10	Presidenta Ejecutiva de la Comisión para la Calificación de Víctimas Detenidas Desaparecidas, Ejecutadas Políticas y Sobrevivientes de Prisión Política y/o Torturas	Información sobre testimonios recibidos en el periodo de reapertura	Respuesta mediante Ord. 78 del 17 de noviembre de 2010.
48	15/11/2010	Jefa Departamento de Extranjería y Migración. Ministerio del Interior	Información sobre población refugiada en el país, solicitudes efectuadas, promedio de espera de solicitudes, motivos de rechazo y otros	Pendiente.
50	18/11/10	Secretaría Ejecutiva Programa DD.HH Ministerio del Interior	Información sobre condenas ejecutoriadas y número de causas en las que el Programa es parte, desagregadas por detenidos desaparecidos y ejecutados políticos	Respuesta mediante Ord.16494 del 18 de noviembre de 2010.
52	18/11/10	Presidente Corte Suprema	Información sobre población menor de 18 años imputada, procesada y condenada, desagregada por edad, origen étnico, tipos de delitos en el período 2009-2010	Pendiente.
53	18/11/10	Directora SENAME	Denuncias recibidas por el Sename en el período 2009-2010, relacionadas con maltrato infantil, abuso sexual, explotación sexual comercial, abandono y castigo corporal a niños y niñas, desagregados por edad, sexo y pertenencia étnica. Cantidad de población adolescente en los centros del Sename, tanto en régimen abierto como cerrado, bajo la Ley Nº 20.084	Respuesta mediante ord. 3459 del 30 de noviembre 2010.
54	18 /11/10	Ministro de Educación	Información sobre deserción escolar para el período 2009-2010, desagregados por sexo, pertenencia étnica, edad y sistema de enseñanza particular, particular subvencionado y municipalizado; medidas adoptadas por el Ministerio para garantizar la integración de niños y niñas refugiados y migrantes y medidas adoptadas por el Ministerio de Educación, para eliminar la discriminación por orientación sexual y género y acciones implementadas para promover la tolerancia y no discriminación en la comunidad escolar	Pendiente.

- **Visitas a la Región de La Araucanía** en el contexto de la huelga de hambre de comuneros mapuche en la VIII, IX y X Región[16]. Se definieron cuatro ámbitos respecto de los cuales el INDH recabaría información: aplicación de la Ley Antiterrorista, competencia de la justicia militar, garantías del debido proceso y abuso policial.

Funciones de asistencia o colaboración:

- **Seminario "Memoria Oficial y Alternativas sobre cumplimiento del Convenio N° 169 OIT"**, organizado por el INDH y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.
- **Amicus curiae**[17], presentación escrita ante el Tribunal Constitucional sobre la reforma a la justicia militar.
- **Inauguración de las Jornadas de Ciencias del Derecho "Funciones Sociales del Derecho"**, en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Central de Chile.

Funciones de incidencia

- **Invitación de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados**. La Directora compareció con fecha 21 de septiembre a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia para entregar la opinión del INDH sobre la reforma a la Ley N° 18.314.
- **Invitación de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados**: La Directora fue invitada el 14 de octubre de 2010 con el objeto de recoger información sobre la situación del pueblo Rapa Nui y a propósito de la invitación que dicha Comisión hiciera a la Familia Hito.

Oficios destinados a recabar información para la promoción y protección de los derechos humanos:

NÚMERO	FECHA	DESTINATARIO	MATERIA	ESTADO TRAMITACIÓN
38	22/10/2010	Director Nacional de Gendarmería de Chile	Solicita remisión de oficio del Jefe de la Unidad Penitenciaria de la Cárcel de Alta Seguridad, que impide el acceso a egresadas de derecho al recinto carcelario; que se remita información sobre los hechos denunciados; y se adopten las medidas conducentes	Pendiente.
a39	26/10/2010	Comisario de la Primera Comisaría de Santiago Centro	Solicita remisión de parte policial N° 9971-10 y anexos	Respuesta mediante Ord. 1476 del 27 de octubre de 2010.
41	12/11/2010	Presidente del Senado	Incidencia legislativa	Pendiente.
40	12/11/2010	Presidenta de la Cámara de Diputados	Incidencia legislativa	Pendiente.

16 4 al 6 de agosto y el 9 de septiembre de 2010.
17 Presentación voluntaria donde se expresa una opinión sobre algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la controversia.

Funciones de educación y promoción en memoria histórica:

- **Conmemoración del Día Internacional del Detenido Desaparecido**. La Directora realizó una presentación pública en Villa Grimaldi.

Funciones en materia de prevención de la tortura:

- Visitas a recintos carcelarios:

NÚMERO	46
FECHA	12/11/10
DESTINATARIO	Director Nacional de Gendarmería de Chile
MATERIA	Solicita autorización de ingreso a todos los recintos penales del país, en calidad de observadores, a los profesionales del Instituto Nacional de Derechos Humanos
ESTADO TRAMITACIÓN	Respuesta mediante Orden 1619 del 24 de noviembre de 2010.

El informe de gestión aquí expuesto da cuenta del conjunto de actividades desarrolladas por el Instituto de Derechos Humanos, que en el lapso de unos pocos meses ha conseguido iniciar y proyectar su quehacer en gran parte de los ámbitos que la ley le otorga.

Para el año 2011, el Instituto se propone en primer lugar consolidar su proceso de instalación y desarrollar el conjunto de funciones que le otorga la ley. Clave en dicho período será la capacidad del Instituto para integrar las visiones parceladas que históricamente han tenido los derechos humanos así como para relevar las principales deficiencias que presenta el Estado chileno en su protección y promoción.

El Estado y sus órganos, las organizaciones de la sociedad civil y en particular aquellas dedicadas a la promoción y defensa de los derechos de las personas, y la comunidad internacional constituyen una tríada que fortalece el cumplimiento de los derechos humanos. Al Instituto corresponde asistir, cooperar y fortalecer lazos institucionales con todos estos actores en el proceso de ampliación y garantía de los derechos.

CONSEJO INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

Enrique Núñez Aranda

Luis Eugenio Díaz Corvalán

Manuel Núñez Poblete

Sergio Fuenzalida Bascuñán

Pamela Pereira Fernández

Roberto Garretón Merino

María Luisa Sepúlveda Edwards

Claudio González Urbina

Lorena Fríes Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

Luis Hermosilla Osorio